~~116~~
~~9~~
~~19~~
169
~~116~~
a
36

~~118. 0. 38.~~

BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
169
A
36
NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

LEZIONI
DI
DRITTO CIVILE
NOVISSIMO
PARTE PRIMA

IN CUI TROVASI SOPRA CIASCUNA MATERIA L' ESPOSIZIONE ORDINATA DEGLI ELEMENTI DEL DRITTO ROMANO, DEL DRITTO DEL REGNO PRIA DEL 1809, DEL DRITTO FRANCESE E DELLE LEGGI CIVILI VIGENTI PER LO REGNO DELLE DUE SICILIE.

Opera dell' avvocato

CESARE MARINI

CON SUE NOTE ED OSSERVAZIONI

Ad uso del suo studio privato.

. . . . . *Non gloria nobis*
Causa, sed utilitas officiumque fuit.
Ovid. de Ponto, lib. 3, Eleg. 9.

TOMO V

Che racchiude la continuazione del libro III delle leggi civili.

NAPOLI
DA' TORCHI DELL' OSSERVATORE MEDICO
1835.

Essendosi adempite le prescrizioni delle leggi sulla stampa, se ne invoca il favore.

Le copie non munite della qui sotto segnata cifra si reputano in contravvenzione.

N. B. *La corrispondenza delle citazioni tra gli articoli delle leggi vigenti per lo regno delle Due Sicilie, e quelli dell' abolito codice francese, sarà indicata, riportando in continuazione de' primi, i secondi articoli racchiusi in una parentesi.*

Digitized by Google

Continuazione del libro III delle leggi civili.

Transizione e partizione della materia che forma oggetto del presente volume.

§. 1. Dopo aver esposti i principii comuni a tutte le convenzioni in generale ed al contratto di matrimonio in particolare, passiamo ora ad esporre le regole proprie a ciascuno di que' contratti che hanno un proprio nome, perchè di un uso più frequente nella società civile, mostrandone la diversa natura ed i caratteri che li distinguono.

Rimossa dalle nuove leggi la distinzione tra convenzione e contratto, resi questi nomi sinonimi in quanto che entrambi designano il trattato che intercede tra due o più persone, si è non pertanto ritenuta la differenza fra contratti principali ed accessorii, la quale ben risulta dall' aggregato de' precetti legislativi che noi seguiremo in grazia del metodo per maggior intelligenza de' tironi, per servir loro di guida nel valutare l' efficacia delle diverse obbligazioni cui possono riferirsi.

Dicesi contratto *principale* quello che sussiste per sè stesso ed indipendentemente da ogni altra convenzione: *accessorio*, per l' opposto, quando tende ad assicurare l' obbligazione principale, da cui dipende, talchè non può senza di esso aver vita.

I contratti principali sono

1. il matrimonio; 2. la permuta; 3. la vendita; 4. la locazione; 5. l'enfiteusi; 6. la società; 7. il mandato; 8. il prestito; 9. i contratti aleatorii; 10. il deposito.

I contratti accessorii poi sono

1. la fideiussione; 2. il pegno; 3. l'anticresi; 4. le ipoteche (1).

In fine, si considerano come mezzi per estinguere le obbligazioni (2)

1. la transazione; 2. la prescrizione; 3. l' arresto personale (3).

Questa distinzione ci mena naturalmente a dividere la materia, che forma oggetto di questo volume, in tre parti, delle quali la prima si raggirerà

---

(1) Noi non abbiamo annoverato i privilegii fra i contratti accessorii, perchè il privilegio è un dritto che la qualità del credito attribuisce ad un creditore, derivante dalla legge e non dalla convenzione. Siccome però questo dritto non sorge nè si esperimenta che per occasione de' contratti o de' quasi-contratti da' quali ha causa il credito, così ragionevolmente nel trattato delle ipoteche dovrà trattarsi anche de' privilegii che sono inerenti al credito.

(2) La vendita forzata può anche considerarsi come una maniera di estinguere le obbligazioni, ed in questo aspetto è stata riguardata da' compilatori del codice; ma noi ne tratteremo in continuazione del contratto di vendita, perchè essa si esegue in forza di un consenso tacito o presunto del debitore, il quale, sin da che contrae l' obbligazione, tacitamente autorizza il creditore a far vendere i beni obbligati al debito in caso d' inadempimento.

(3) De' contratti classificati in questo paragrafo, il matrimonio, la vendita, la permuta, la locazione, la società, il mandato, la transazione, la fideiussione, l'ipoteca, l'arresto personale, sono consensuali.

Il prestito poi di ogni specie, i contratti aleatorii, il deposito, l' anticresi, il pegno, sono reali.

La distinzione di contratti verbali e letterali, conosciuta da' romani, non è stata ritenuta dalla nuova giurisprudenza.

su' contratti principali; la seconda su'contratti accessorii; la terza finalmente su' contratti che si considerano come mezzi per pervenire all' estinzione delle obbligazioni.

Avendo ragionato del contratto di matrimonio nel tomo IV, *lezione terza*, ci occuperemo di tutti gli altri contratti sopra enunciati nelle lezioni che seguono; ma nell' esporre le teorie che particolarmente li riguardano, protestiamo di voler cennare il più rapidamente che sia possibile i soli principii elementari della materia, persuasi che i contratti considerati nella loro sostanza appartengono al dritto naturale, e sono in conseguenza variabili presso tutti i popoli ed in tutti i tempi; che relativamente alla loro forma, secondo i diversi periodi della legislazione romana, essi subirono talune modificazioni che sono più utili a notarsi sotto il rapporto istorico, anzichè sotto il legale; che, in fine, le nuove leggi sulla materia de' contratti particolari non hanno fatto che seguire le regole di equità e di giustizia, sanzionate dalla saviezza de' romani giureconsulti, allorchè Roma, godendo di una civilizzazione completa, venerava le formole de' contratti sol per omaggio dovuto all' antichità, e per un tributo che si prestava alla misteriosa origine di quel popolo che si pregiava di discendere direttamente da un Dio, e di aver avuto per primi re tanti eroi che lo eressero in teocratico governo.

Queste regole raccolte con instancabile fatica dal genio sublime di Domat e di Pothier, depurate d' alcune sottigliezze non più associabili cogli attuali costumi, e da quelle contraddizioni alle quali diedero causa le epoche diverse, in cui nacquero le leggi che compongono il corpo del romano dritto, sono state erette in legge da' novelli legislatori, e saranno da noi esposte con tutta precisione nel trattare di ciascuno de' contratti sopra enunciati.

PARTE PRIMA.

De' contratti principali.

LEZIONE PRIMA.

Della Permuta.

Della permuta per dritto romano.

§. 2. Se il contratto di matrimonio rimonta all' istessa origine delle società civili, come abbiamo osservato nel tomo IV, *lezione terza*, §. *103*, non è meno antico il contratto di *permuta*.

In vero, se l' immaginazione potesse figurarsi il tempo in cui il dritto di proprietà non era ancora stabilito, si vedrebbero gli uomini prestarsi scambievoli soccorsi, l' uno aiutando l' altro colla sua forza, mentre questi lo soccorreva con la sua arte, facendo così la permuta de' doni che ricevuti aveano reciprocamente dalla natura.

Così, troviamo nella sacra scrittura che i figli di Adamo, distribuendo fra essi il lavoro al quale erano stati condannati da Dio, l'uno elesse la vita pastorale, e l' altro quella dell' agricoltura.

Così, troviamo in Omero che il figlio di Saturno cambiava le armi con Siciano Glauco, ed Eumeo, figlio di Giasone, cambiava il vino con Agamennone Menelao, che li davano in vece pelli, buoi e schiavi. Vedi Iliade, *canto 6* (1).

Presso i romani la permuta annoveravasi fra i

---

(1) *Hinc rursus Glauco Saturnius mentes exemit Jupiter,*
Qui cum Tydide Diomede arma mutavit. Iliade, *vers.* 234.

contratti innominati *do ut des*, per lo che non nasceva da esso un' azione propria, ma l' azione generica detta *praescriptis verbis*; nè il contratto era perfetto, se non dietro la consegna della cosa; *l. 7 praescript. verb.* Per tal motivo, se taluno avesse ricevuto in permuta una cosa che non apparteneva al permutante, era soltanto obbligato a restituirla in forza dell' azione detta *condictio causa data, causa non sequuta,* senza poter essere obbligato a consegnare la cosa promessa in cambio. *LL. 10 ff. de non permut., ed ult. ff. causa data, causa non sequuta.*

Per l' istessa ragione, colui che avesse dato in cambio la cosa propria non potea ripetere la cosa promessagli in permuta, ma in forza dell' azione *praescriptis verbis* potea solamente reclamare o la restituzione di ciò che avea dato, o l'*id quod interest*, giacchè l' esecuzione del contratto era lasciata in balìa della buona fede de' contraenti. Vedi Cuiacio alla nota sul libro IV del codice, *tit. 64*; e Brunemanno sulla legge 4, *cod. de rer. permut.*

Quistionavasi tra' giureconsulti romani, se la permuta dovesse equipararsi in tutto e per tutto alla vendita, specialmente quando le cose permutate fossero state valutate dalle parti; i sabiniani sostenevano l' affermativa, *l. 2 ff. de rer. permut.*; ma i proculeiani erano di contrario avviso. La legge 1, *ff. de contrah. empt.*, riconobbe che la permuta non dovea confondersi con la vendita, non potendosi distinguere quella delle cose permutate, ch' è il prezzo di quella ch' è mercanzia, mentre nella vendita colui che rilascia la mercanzia è sempre, sotto nome di venditore, distinto da colui il quale, non rilasciando che la moneta o il prezzo pecuniario, è chiamato venditore. *Aliud est pretium, aliud*

merx, quod in permutatione discerni non potest uter emptor, uter venditor sit. L. 1 ff. de contrah. empt.

In mezzo a tali incertezze la maggior parte dei dottori, de' prammatici e de' forensi ammise nella permuta l'azione rescissoria per causa di lesione, dal perchè colla legge 2, *cod. de rer. permut.*, si consacra che la permuta *vicem emptionis obtinet*, ed in tal caso per effetto della rescissione dovea supplirsi al giusto prezzo da colui che avea ricevuto il fondo di una valuta maggiore del doppio. Vedi Ugon Donnello, *commento alla legge* 2, *cod. de rescind. vendit.*, *n. 58.*

Al permutante poi che fosse stato evitto, le leggi romane senza contraddizione accordavano la scelta o di ripetere la cosa propria, o di chieder il risarcimento de' danni e degl' interessi, perchè relativamente alla evizione la permuta equiparavasi in tutto al contratto di vendita. *LL. 1 e 2 ff. de rer. permut.*; *1, 4 e 5 cod. eod.*

Della permuta per dritto francese e vigente.

§. 3. Le nuove leggi, rimosse le sottigliezze dell'antico dritto, definiscono la permuta per « *un* » *contratto col quale le parti si danno rispettiva-* » *mente una cosa per un'altra;* » art. 1548 (-1702-). Esso è dunque un vero contratto consensuale, come la vendita che partorisce effetti civili non appena le parti han convenuto di effettuarla, ed in conseguenza, secondo i novelli principii, colui che ha dato una cosa per riceverne un' altra in cambio, può ben reclamare la consegna della cosa che gli è stata promessa in permuta; art. 1549 (-1703-).

Attesa poi la somma affinità fra il contratto di permuta e quello di vendita, le nuove leggi, ri-

mettendosi al contratto di vendita per tutto ciò che riflette l'obbligo della consegna, la garentia nel caso di evizione o per vizii redibitorii, l'azione di nullità, si limitano solamente a prevedere tre casi, cioè 1. il caso in cui uno de'contraenti ha dato ciò che non gli appartenea; 2. il caso dell'evizione; 3. quello della lesione.

Nel primo caso la legge decide che se la cosa data a titolo di permuta non appartiene al permutante, l'altro, lungi dal poter essere obbligato a rilasciare l'oggetto promesso in contraccambio, dee soltanto restituire l'oggetto ricevuto, perchè il fine della permuta era quello di acquistare ciascuno dei permutanti la proprietà di ciò che si darebbero rispettivamente; art. 1550 (-1704-).

Riguardo all'evizione, le nuove leggi, adottando i principii del dritto romano, decidono che il contraente evitto di ciò che tiene in permuta ha la scelta o di ripetere la cosa propria, o di pretendere i danni ed interessi, che saranno valutati dal magistrato; art. 1551 (-1705-).

Finalmente la rescissione per causa di lesione non è mai ammessa dalle nuove leggi, art. 1552 (-1706-), sulla considerazione che questo genere di reclamazione non può mai competere al permutante che contrae sempre di sua libera volontà, senza essere spinto d'alcun bisogno, e che ha dovuto determinarvisi per motivi di convenienza da lui solo apprezzati; o, come si esprime il Favre, *esposizione de' motivi, n. 74*, essendo nella permuta ciascuno de'contraenti venditore e compratore nel tempo istesso, la confusione di queste due qualità esclude il favore a colui ch'è stato leso, perchè il favore della rescissione non mai accordar si deve al compratore.

Comunque sieno ingegnose queste ragioni, non

è men vero che ne' contratti commutativi, ove non esiste un ragionevole equilibrio tra ciò che si dà e ciò che si riceve, il contratto manca di causa, per cui la legge soccorre col favore dell'azione rescissoria la parte lesa, come si espresse Portalis al corpo legislativo sulla legge della vendita, *esposizione de' motivi, n. 70*; nè è men vero che Molineo e Pothier, colle dottrine di cui bevettero a lunghi sorsi i compilatori del codice, professano una contraria opinione: ma poichè la legge vieta in termini precisi l'azione di rescissione ne' contratti di permuta, ogni discussione diventa inutile dovendosi religiosamente osservare (1).

Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente alla permuta.

§. 4. Il dritto patrio pria del 1809 seguiva i principii del dritto romano riguardo alla permuta. Solamente osserviamo, che la costituzione *Sancimus* ha espressamente vietato il dritto di congruo nella permuta, comunque molti dottori avessero sostenuto di potersi il congruo esercitare allorchè nella permuta si fossero valutati i fondi. Veggasi Boerio, *decision. 144*; Afflictis, *de iur. protomiss.* Questa opinione però, combattuta da Altimari, dal Cardinal de Luca e d'altri, non è stata mai ricevuta nel foro.

---

(1) Veggasi la nota 93 del dottissimo Tommaso Nani sull' analisi ragionata di Gin, *vol.* 5.

LEZIONE SECONDA.

Della vendita.

Nozioni preliminari.

§. 5. Il contratto di vendita, l' uso del quale è sì frequente nella società, ha per oggetto di procurare non solo le cose necessarie alla sussistenza, ma eziandio i comodi ed i godimenti che i popoli hanno sempre cercato, quando hanno avuto di che soddisfare i principali bisogni della vita.

Paolo colla legge 1, *ff. de contrah. empt.*, c' insegna che la vendita trae la sua origine dalla permuta: *origo emendi vendendique a permutationibus coepit, olim enim non ita erat nummus.* In effetti, l'unico commercio de'popoli nascenti non è stato che il traffico per mezzo di permuta, giacchè l' uso delle monete da principio era ignoto. Ma l' insufficienza di questo genere di commercio non tardò guari a manifestarsi non appena si moltiplicarono le relazioni sociali, accadendo bene spesso che un individuo, il quale avea bisogno di mercanzie di un altro, mancava di oggetti da permutare, ed accadendo più spesso ancora che due persone, le quali permutavano insieme oggetti di valore disuguale, non aveano il mezzo come saldare i loro rispettivi conti. Fu perciò che si dovette necessariamente ricorrere all' uso della moneta, come segno di tutti i valori, o come merce che in sè contiene il valore commutativo di tutte le altre cose, e pel cui mezzo gli uomini, approssimandosi vie maggiormente tra loro, e facilitando i loro negozii, fecero sorgere il contratto di compra e vendita, col quale essi esercitano con maggior energia la loro cupidigia ed ambizione (1).

---

(1) Tacito, *de moribus Germanorum*, *cap.* 5, Giusti-

Nell' esporre le teorie relative a questo contratto, noi seguiremo l' ordine istesso del codice, distribuendo la materia in otto capitoli.

CAPITOLO I.

Della natura e della forma della vendita.

Della natura e della forma del contratto di vendita per dritto romano.

§. 6. L' uso della moneta fu conosciuto ben per tempo dagli antichi popoli (1), e presso i romani l'origine del *nummo* si riporta al governo di Servio Tullio secondo Plinio, *histor. natur., lib. 32;* al governo di Numa secondo Cassiodoro, *lib. 34 var., cap. 1;* ed a Giano secondo Macrobio Satur., *lib. 1, cap. 7* (2).

---

no, colle sue istorie, *cap.* 2, parlando degli sciti, Strabone, colla geografia, *lib* 3, parlando degli spagnuoli, Plinio, *histor. natur.*, 18, parlando degli antichi romani, ci assicurano che l' uso delle monete era ignoto a questi antichi popoli, e che solo colla permutazione esercitavano unicamente il loro traffico. Veggasi il discorso del consigliere Portalis, *esposizione de' motivi*, *n.* 70, e quello del tribuno Grenier, *n.* 72.

(1) La sacra scrittura c' insegna che Tubalcaimo VIII, discendente di Adamo, strappò dalle viscere della terra quei metalli destinati a divenire un giorno lo stimolo possente del commercio e dell' industria, e nel tempo istesso l' avvelenata sorgente del ladroneccio e di tutti i delitti. Veggasi la Genesi, *cap.* 25; e Geremia, *cap.* 23, *n.* 9.

(2) Il chiarissimo Gin, *analisi ragionata del codice civile, vol.* 5, insegna che alla fine della repubblica, e poco prima dell' epoca de' Cesari, il danaro portante la loro effigie divenne il segno ordinario de' valori; ma, come osserva il dotto annotatore Tommaso Nani, sono antichissimi presso i

Ecco perchè i romani sin da'più remoti tempi riconobbero la vendita che annoverarono fra' contratti consensuali e nominati; ma, comunque il consenso fosse sufficiente per la validità della convenzione, il dominio non poteasi trasferire al compratore se non dietro la tradizione. *Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus*, dice Giustiniano colle sue istituzioni, *de obligat. ex consens.*; ma questo principio era subordinato all' altra massima *non pactis, sed traditionibus dominia rerum transferuntur*, perchè i romani, confondendo il possesso colla proprietà, credeano necessario il titolo ed il modo per poter conseguire il dominio delle cose. Veggasi *tom. II, lezione quinta*, §§. *83 ed 85* (1).

---

romani i *nummi* segnati coll' immagine di un bue, di un porco, di una pecora, di Giano a due teste, del rostro di una nave, come antichissimi del pari gli assi di una libra, ed anche meno, colle immagini di Giove, di Mercurio, di Roma, della clava di Ercole, e di una mano armata del cesto. Veggasi l' eruditissimo Ezechiele Spanhemio, *dissert.* 1, *de praest. et us. numism.*, *n.* 4.

(1) Nello stato di natura la proprietà non conservavasi col possesso, e si perdeva quando erasi cessato di possedere, per lo che gli antichi giureconsulti romani, lungi dal considerare la proprietà come un dritto, come una facoltà legale, non seppero disgiungerla dal possesso, e quindi richiesero la tradizione come unico mezzo atto a trasferire il dominio nel contratto di vendita. Vedi le leggi riportate sotto i titoli *de adquiren. rer. domin.*, *et de adquiren. possess.* Ma poichè per l' influenza delle leggi civili la proprietà aveva acquistato caratteri di permanenza e di stabilità che le mancavano nello stato selvaggio, così i giureconsulti furono loro malgrado obbligati ad ammettere il principio che la vendita era perfetta tostochè si era convenuto delle cose e del prezzo, e per tal motivo, abbenchè non fosse ancor seguita la tradizione, qualunque utile o danno che accader potesse

Tre cose poi caratterizzavano particolarmente il contratto di vendita, *consensus, praetium, et res. L. 1 ff. de contrah. empt.*

Il consenso dovea essere libero, spontaneo e determinato, ma esso non formava che un titolo pel compratore, il quale poteva coll' azione personale *ex empto* obbligare il venditore alla tradizione della cosa comprata. *LL. 19 e 53 ff. de contrah. empt.*

Il prezzo dovea essere certo, giusto e consistere in danaro contante, poichè, se fosse altrimenti, degenerava in permuta; *Instit., de empt. vendit.*, §. 2, e *l. penult. cod. de rer. permut.* Mancando la determinazione del prezzo, la vendita era nulla, ma poteano le parti per dritto giustinianeo rimettersi all' arbitrio di un terzo, comunque ciò fosse stato controverso tra gli antichi, come lo stesso Giustiniano assicura colle sue istituzioni. *Luogo citato*, §. 1.

Finalmente la cosa capace a formare oggetto del contratto di vendita dovea essere non fuori del commercio degli uomini, come meglio spiegheremo al §. 14; *l. 34 ff. de contrah. empt.* Il dritto romano distinguea la vendita in pura e condizionale, ed in quest' ultimo novero comprendea le

---

alla cosa venduta era a carico del compratore, meno che non si fosse convenuto il contrario o non si trattasse di vendite condizionate o soggette a peso, numero e misura. Veggansi le leggi 1, 7 e 15 *ff. de peric. et comod. rei vendit.*

Così, per non essersi riflettuto al cangiamento ch'erasi operato nello stato civile, i romani giureconsulti, mentre da una parte attribuivano al compratore l' utile ed il danno della cosa venduta pria della tradizione, permettevano poi che un secondo compratore, cui la cosa fosse stata consegnata, potesse essere preferito al primo, che, sebbene munito del contratto, mancasse della tradizione. Veggasi Pothier, trattato *della vendita*, *n.* 319, ed Eineccio, *recitazioni*, §. 339.

vendite di quelle cose che consistono *in quantitate* che si vendono a peso, numero e misura, non che le vendite delle mercanzie col preventivo patto dell' assaggio. Vedi la legge 35, e l' intero titolo del digesto *de contrah. empt.*, non che le leggi *4 ed 8 de peric. et comod. rei vend.*

In quanto alla forma del contratto di vendita, noi non ne troviamo tracciata alcuna ne' libri del dritto, che fosse particolare a questo contratto, anzi dalla legge *1, ff. de contrah. empt.*, risulta che potea farsi per *nuncium et per licteras*. Che se fosse piaciuto alle parti di vestire il contratto o della forma della stipulazione o di quella della scrittura, il contratto diveniva in tal caso di stretto dritto, e la scrittura era allora necessaria; *l. 17 cod. de fid. instrum.*; Cicerone *de officiis, lib. 3, cap. 14.* Ma ne' casi ordinarii la sola pruova testimoniale era sufficiente per assicurare la perfezione del contratto, meno che dal compratore non si fosse data la caparra al venditore, nel qual caso la somma data a titolo di caparra formava la pruova del contratto di vendita (1).

---

(1) *Quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae. Inst., de empt. vend. in pr.*

Bisogna ben vero distinguere le caparre date per pegno del contratto proposto, da quelle che si davano per un argomento del contratto già seguito *confirmandae emptionis causa*, come si esprime Vinnio, *commento alle istituzioni*, sotto il titolo *de emptione et venditione*.

Le caparre della seconda specie non davano dritto alle parti di recedere dal contratto, checchè abbiano insegnato in contrario il Fachineo, *controversiar. iur., lib. 2, cap. 28*, ed il Noodt sulle pandette al titolo *de rescind. vendit.*

In oggidì siffatta quistione è svanita, poichè le nuove leggi solo nella promessa di vendita ammettono le caparre per pegno del contratto proposto, cioè prima di perfezionarsi

Della natura e della forma della vendita per dritto del regno pria del 1809.

§. 7. Per dritto del nostro regno, comunque il contratto di compra-vendita si riportasse fra'contratti consensuali, pur tuttavolta la scrittura era necessaria per rendere sicura e stabile l'obbligazione risultante da tale contratto. Vedi Aloe in Domat, *tom. 1, lib. 1, tit. 2.*

È da notarsi inoltre 1. che in forza della prammatica 2, *de emptione*, era vietato in Napoli di comprare mobili senza conoscersi il nome, cognome e patria del venditore; 2. che in forza della prammatica 1, *de bestiis vacinis*, era vietato di comprare e vendere bestiame di qualunque sorta, senza il certificato de' deputati del luogo dove si estraeva il bestiame; 3. che colla prammatica 45, *de annona*, si prescrisse la maniera e l'ordine con cui dovessero vendersi le frutta nella città diNapoli e suoi borghi; 4. che colle prammatiche 19 e 28 *de annona*, si proibì la vendita del grano, dell'orzo e di altri generi prima del ricolto se non alla voce; 5. che, in fine, per non render arbitrarii i prezzi e le misure, osservavansi in Napoli la costituzione di Federico II, *Mercatores quaeslibet regni nostri*, e l'altra che principia *Ad legitima pondera.*

Della natura e della forma della vendita per dritto francese e vigente.

§. 8. Secondo i principii delle nuove leggi, la compra-vendita può definirsi per *un contrat-*

---

il contratto, come osserveremo ne'§§. 9 e 10, ed in conseguenza se in un contratto di compra e vendita già perfezionato si fossero date caparre, non è più lecito alle parti di resilirvi. Veggasi il discorso del consigliere Portalis, *esposizione de' motivi*, *n.* 70, non che Maleville e gli autori delle pendette francesi sull' articolo 1590 del codice francese.

to sinallagmatico, con cui taluno trasferisce la proprietà di una cosa mobile od immobile, corporale od incorporale, mediante un certo prezzo; art. 1427 (-1582-).

La vendita può farsi o *puramente e semplicemente*, o sotto *condizione sospensiva e risolutiva*, o finalmente può avere per oggetto due o più cose *alternativamente;* art. 1429 (-1584-). Rimettendosi il legislatore a' principii generali delle convenzioni per le diverse specie di vendite sopra enunciate, è chiaro che la vendita pura e semplice trasferisce di dritto la proprietà al compratore, non appena si è convenuto della cosa e del prezzo; che altrettanto ha luogo nella vendita fatta sotto condizione risolutiva, poichè quando la condizione si verifica, essa ha la forza di risolvere il contratto già perfezionato; che, in fine, è ben altrimenti nelle vendite sotto condizione sospensiva, poichè, se la condizione non si verifica, la cosa rimane a rischio del venditore; art. 1135, 1136 e 1429 (-1182, 1183 *e* 1184-).

Dalla definizione poi del contratto di vendita risulta che il consenso de' contraenti, la certezza della cosa che forma l' oggetto della vendita e la determinazione di un giusto prezzo, sono i tre requisiti essenziali per la validità di questo contratto, abolita la necessità della tradizione richiesta dal dritto romano, che le nuove leggi riconoscono come una conseguenza del contratto già perfezionato, e che riflette l' esecuzione del contratto medesimo; art. 1427 e 1428 (- 1582 *e* 1583 -).

Questo principio consagrato uniformemente dal dritto francese e vigente, e ch' è sempre applicabile nelle vendite pure e semplici, soffre però le seguenti eccezioni: 1. riguardo alle mercanzie vendute a peso, numero o misura, la vendita delle quali non s' intende perfetta, nè la proprietà tra-

sferita al compratore se non dopo pesate, numerate o misurate, mentre allorchè la vendita si è fatta in massa e per un sol prezzo, è perfetta comunque non si fossero ancora pesate, misurate o numerate; art. 1430 e 1431 (-1585 *e* 1586-). 2. Nelle vendite fatte col patto dell' assaggio, che si suppongono sempre fatte sotto condizione da non potersi intendere perfezionato il contratto, se non dopo che il compratore le ha assaggiate ed approvate; art. 1430 a 1433 (-1585 *a* 1588-). 3. Finalmente alle cose mobili tanto corporali, quanto incorporali rispetto a' terzi. Veggasi Delvincourt, *vol. 8, nota 216, pag. 257*, e le nostre lezioni di dritto, *tom. II, §§. 84 e 85.*

In quanto a' requisiti del consenso necessario per la validità del contratto di vendita, bisogna richiamare a memoria le teorie sviluppate nel tomo IV, §. 7, delle presenti nostre lezioni. In quanto alle cose che possono formare oggetto del contratto di vendita ne parleremo nel capitolo III.

In fine, riguardo al prezzo della vendita, la legge uniformemente al diritto romano determina che debba essere giusto e certo, debba consistere in danaro contante, ed essere specificato dalle parti; ma, ove i contraenti siansi rimessi all' arbitrio di un terzo, dev' essere questi individualmente nominato, e s' egli non voglia o non possa definirlo, la vendita è nulla, perchè in tal caso si riguarda come condizionale, *si tertius ille prætium definiverit* (1); art. 1436 e 1437 (-1591 *e* 1592-).

---

(1) Per dritto romano, se l' arbitro eletto nella determinazione del prezzo si fosse allontanato da quell' eguaglianza ch' è la base del contratto commutativo, il suo giudizio poteva correggersi sull' istanza della parte pregiudicata, nominandosi nuovi periti, come risulta dalle leggi 78 *e* 79 *ff.*

In ogni caso poi le spese della perizia e tutte le altre accessorie alla vendita sono a carico del compratore; art. 1438 (- 1593 -).

Per ciò che riguarda la forma del contratto di vendita, le nuove leggi ritengono la massima che la scrittura non è richiesta che *ad probationem tantum*, poichè la sola convenzione rende perfetto il contratto, come si è osservato. Quindi, la vendita può farsi con atto autentico o con iscrittura privata, ma se costa altronde di una vendita verbalmente effettuata, il contratto non è meno perfetto, dovendosi per la pruova osservare le regole da noi esposte nel tomo IV, *lezione prima, cap. VI, §§. 82 a 87*; art. 1427 (- 1582 -).

De' patti tra il compratore ed il venditore, non che della promessa di vendita per dritto romano.

§. 9. Il dritto romano, annoverando il contratto di vendita fra' contratti consensuali di buona fede, che partorivano un' obbligazione personale, attribuiva efficacia a tutti i patti accessorii, purchè

---

pro socio, perchè nel contratto di buona fede il magistrato giudicava *ex bono et aequo*, *tanquam arbitrer*, come risulta dalla legge 137 *ff. de verbor. obligat.*; ma questa teoria non potrebbe applicarsi sotto l' impero delle nuove leggi, checchè abbia insegnato in contrario Pothier, trattato *della vendita*, *n.* 24, perchè tanto è che il prezzo sia determinato dalle parti, quanto è l' essere determinato dal giudice.

Ad evitare poi che la vendita venga dichiarata nulla nel caso che il perito o i periti nominati non volessero o non potessero fare la dichiarazione del prezzo, sarebbe util consiglio a' contraenti di prevedere un tal caso nel contratto, e di rimettere la determinazione del prezzo al giudizio di periti che nominerà un magistrato particolarmente designato col contratto medesimo.

*

fossero stati stipulati col contratto medesimo, o come dicevano i romani *in continenti*, e purchè non fossero contrarii alla natura della vendita.

Quindi, erano validi ed obbligatorii 1. il patto di ricompra in qualunque tempo al venditore piacesse di offrire lo stesso prezzo; 2. il patto di rilasciarsi nelle cose vendute gli effetti mobiliarii; 3. il patto di locarsi il fondo venduto allo stesso venditore per un dato prezzo; 4. il patto di doversi prestare il caso fortuito; 5. il patto di doversi soggiacere per la mora ad una pena convenzionale; 6. il patto di doversi restituire la cosa venduta a colui che avesse fra un determinato tempo offerto un più vantaggioso prezzo, ciò che da' romani dicevasi *addictio in diem;* 7. il patto con cui si conveniva che la cosa si riputasse per non venduta, quante volte il prezzo non si pagasse in un determinato tempo, che dicevasi patto commissorio; 8. finalmente, il patto di prelazione, con cui il venditore stipulava, che se la cosa venisse di nuovo venduta dal compratore, esso dovesse essere preferito a tutti gli altri, offrendo lo stesso prezzo. Veggasi Eineccio, *in pand., part. 3, lib. 28, tit. 1,* §. 266; non che le leggi *1 e 2 de pact. inter empt. et vend. composit.; 40, 66, 75, 76 e 78 ff. de empt. vend.; 17 e 18 ff. de act. empt. et vend.; 1 ff. de addict. in diem; 1 e 2 ff. de leg. commiss.*

La promessa di vendita poi, secondo l' antico dritto romano, era una nuda convenzione incapace di produrre effetti civili, ma dopo che nel progresso de' tempi i patti nudi furono assimilati a' veri contratti in forza della legge *1 cod. de form. et interpetr. act. sublat.* dell' imperator Costantino, quistionavasi tra gl' interpetri ed i dottori, se la promessa di vendita per lo prezzo da stimarsi potea

far nascere l'obbligo della stipulazione del contratto, o se tutto al più si risolvesse in un' azione di risarcimento di danni. Vedi Pirello sulla legge 2 *cod. de rescind. vendit.*, e Fachineo, *controv. iur.*, *lib. 2*, *cap. 1;* non che Rosseau de la Combe alla voce *promes;* e Pothier, trattato *della promessa di vendita*, n. 481.

De' patti tra il compratore ed il venditore, non che della promessa di vendita per dritto francese e vigente.

§. 10. Le nuove leggi, riconoscendo nella vendita un contratto consensuale di buona fede uniformemente al dritto romano, non riprovano alcuno de' patti enunciati coll' antecedente paragrafo, poichè non intendono di restringere in verun conto la libertà de' contraenti in pregiudizio del commercio e delle contrattazioni sociali. Solo è d'avvertire che siccome il contratto di compra-vendita produce oggidì un' azione reale, il patto di prelazione sarebbe nullo secondo i principii delle leggi vigenti, se non si fosse determinato il prezzo, pel quale la cosa venduta dovesse restituirsi al venditore, o a colui in favore del quale il patto di prelazione si fosse stipulato. Veggasi la decisione della Corte Suprema di giustizia del 30 Marzo 1819, riportata nel dizionario d' Armellini, *tom. 6*, *pag. 354 e 355.*

La promessa di vendita poi, secondo i principii delle leggi vigenti, è un vero contratto che si perfeziona con l' accettazione, ma non produce effetti, nè trasferisce dritti reali se non quando vi concorra il consenso reciproco delle parti sulla cosa e sul prezzo, nel qual caso si equipara alla vendita perfetta; art. 1434 (-1389-).

In vero, una promessa di vendita obbligatoria pel solo promittente, o una promessa di comprare obbligatoria solamente per colui che la fa, ripugne-

rebbero a' principii consagrati dalle nuove leggi, art. 1055 (- 1108 -), che non danno alcuna efficacia alle semplici pollicitazioni, ma bensì alle sole promesse accettate che costituiscono le convenzioni ed i contratti.

Nè dee dirsi altrimenti di una promessa di vendita, che, quantunque riflettesse un oggetto determinato, manca però del consenso reciproco delle parti nella determinazione del prezzo, perchè le regole sanzionate dal legislatore col titolo delle obbligazioni in generale sono subordinate alle eccezioni stabilite co' titoli che riguardano i contratti in particolare. Quindi, se egli è vero che l' obbligazione di dare include ancor quella della consegna della cosa promessa, art. 1090 a 1095 (- 1136 *a* 1141 -), non è men vero che ove tale obbligazione contenga una vendita od una promessa di vendita, non sarà mai perfetta, nè produrrà effetti civili, se non quando riunisce gli estremi richiesti dagli articoli 1434 a 1437 (- 1589 *a* 1592 -); altrimenti ne avverrebbe che una promessa di vendita nulla per mancanza di determinazione di prezzo, considerandosi come contratto nominato, sarebbe poi valida riguardata come un'obbligazione di dare, o sia come contratto innominato. Altronde se la promessa riflette una cosa mobile, il contratto non si perfeziona che colla tradizione che vale per titolo traslativo della proprietà in pregiudizio del dritto de' terzi, art. 2185 (- 2279 -), mentre se riflette un immobile, l'effetto della consegna, dovendo regolarsi co' principii consagrati col titolo della vendita, questi esigono di essenza la determinazione del prezzo, senza del quale l' obbligazione si rende assolutamente nulla; art. 1094, 1095 e 1428 (- 1140, 1141 *e* 1583 -).

Non pertanto ci è forza di confessare che l'articolo 1434 (- 1589 -) ha dato luogo a dispute, che

rendono tuttavia incerte le opinioni de' dottori ed incostante la giurisprudenza sulla efficacia della promessa di vendita per un prezzo da estimarsi (1).

Ad evitare poi le dispute insorte nell' antico foro tra Fachineo, *controv. iur, lib. 2, cap. 28,*

---

(1) Le espressioni dell' articolo 1434 (-1598-) sono le seguenti: « La promessa di vendere equivale alla vendita, » quando esiste il consenso reciproco delle parti sulla cosa » e sul prezzo.» Donde sembra potersi desumere che la promessa di vendere non accompagnata dal consenso reciproco delle parti sulla cosa e sul prezzo, comunque non potesse assimilarsi alla vendita, non cessa pertanto di essere valida ed obbligatoria.

In fatti Pothier, trattato *della promessa di vendita, n.* 476, insegna che una promessa di vendere *per un prezzo da estimarsi* non lascia di essere valida, perchè colui il quale promette di vendere una cosa, non la vende ancora, ma contrae soltanto l'obbligo di venderla quando voi la richiederete.

Questo dotto scrittore, *n.* 479 *a* 481, ragionando degli effetti di simili promesse, sostiene che colui a favor del quale la promessa si è fatta può obbligare il promittente all' adempimento; che il magistrato può astringerlo a rilasciare il possesso della cosa che promise di vendere, dopo averla fatta valutare a giusto prezzo *arbitrio boni viri*; che finalmente colui a favor del quale la promessa si è fatta non contrae verun obbligo, finchè non si determina a comprare.

Lo stesso Pothier, *n.* 489 *a* 492, riconosce anche valida la promessa di comprare che taluno faccia ad un altro senza determinazione di prezzo, e sostiene che il promittente possa essere dal magistrato obbligato a comprare per lo prezzo che si troverà valer la cosa al tempo che si farà la vendita, dietro la stima de' periti, senza che contragga alcuna obbligazione colui a favor del quale la promessa di compra si è fatta.

Dell' istesso avviso sono gli autori delle pandette francesi sull' articolo 1589, non che gli autori del commentario sulle nostre leggi; art. 1434.

e Noodt, *in pandect.* da una parte, e dall'altra Visembachio, *in parat. ad. tit. ff. de contrah. empt.*, e Vin-

---

Comunque sia rispettabile il nome di Pothier e degli altri autori sopra citati, questa opinione ingegnosissima non ha incontrato il suffragio di altri sommi giureconsulti che commentarono le nuove leggi. In fatti Merlin, *repertorio*, alla voce *vente*, dopo aver riportata l'opinione di Pothier, soggiunge che i suoi principii sono stati abrogati dal codice francese; *art.* 1589 *cod. francese*; lo stesso insegna alla voce *non bis in idem* delle sue addizioni, *n.* 16. Delvincourt, *tom.* 6, *lib.* 3, *tit.* 5, *nota* 222, esaminando l'istessa quistione, si esprime così: « Se trattasi di un' obbliga-
» ne di dare, il creditore può egli domandare di essere au-
» torizzato a comprare la cosa promessa e non consegnata a
» spese del debitore? Io nol credo: ciò potrebbe produrre
» molti inconvenienti, soltanto il soprappiù del prezzo at-
» tuale in quello della cosa nel tempo del contratto dovrà
» essere uno degli elementi che serviranno a determinare i dan-
» ni ed interessi. »

E nel tomo 8, *nota* 37, lo stesso Delvincourt dice: « Se dunque ho promesso a voi di vendere, e voi non ave-
» te promesso di comprare, non vi è vendita. Ma questa
» promessa è forse assolutamente nulla? Parmi che si deb-
» ba distinguere, se non contiene alcuna determinazione di
» prezzo, io la riguardo come assolutamente nulla. Nel caso
» contrario avviso che sia rivocabile, fino a che l'acqui-
» rente abbia fatto conoscere che intendeva prendere la cosa
» pel prezzo proposto. Ma dal punto in cui ha egli fatto
» una tale dichiarazione, il creditore non può più rivocarla
» per argomento tratto dall'articolo 1075 (-1121-). »

Sembra in vero, che una promessa di vendere obbligatoria pel solo promittente, ed una promessa di comprare non obbligatoria per colui che dovrebbe vendere, ripugnerebbero a' principii consacrati dalle nuove leggi coll'articolo 1055 (-1101-), poichè la convenzione incomincia dalle promesse e si perfeziona coll'accettazione, nè fino al momento dell'accettazione può immaginarsi una promessa od una offerta valida ed obbligatoria, mentre non prima d'allora la volontà libera in origine si rende irrevocabilmente legata al giogo

nio, *de empt. vend.*, sulla interpetrazione della legge 17, *cod. de fide instrum.* dell' imperatore Giu-

---

della necessità per il concorso delle due volontà: *duorum in idem placitum consensus.* Veggasi Toullier, *tom.* 6, *n.* 24.

È vero che nelle vendite giudiziali si ha una promessa di comprare obbligatoria per colui che concorre all' asta; ma ciò perchè nelle vendite giudiziali il magistrato, supplendo alla volontà del debitore, accetta l' offerta in sua vece, e quindi sempre si verifica quel *duorum in idem placitum consensus*, che costituisce l'essenza delle convenzioni.

Oltre a ciò una promessa di vendere, lungi dal doversi annoverare tra le obbligazioni di fare, come insegna Pothier, secondo i principii delle nuove leggi, non sarebbe che una obbligazione di dare, poichè oggidì i contratti traslativi di proprietà non conferiscono un dritto personale come presso i romani, ma un dritto reale, e la proprietà si trasferisce definitivamente quando vi concorra il consenso reciproco e di colui che deve dare e di quello che deve ricevere. Or, per le obbligazioni di dare la legge in termini precisi ha stabilito, che se essa riflette un oggetto mobile, il possesso vale per titolo, e se riflette un immobile, debbonsi seguire le regole esposte nella vendita, ne' privilegii ed ipoteche, dove si è sanzionato il principio che la vendita è perfetta tosto che si è convenuto della cosa e del prezzo, senza essere necessaria nè la tradizione come per dritto romano, nè la trascrizione come per la legge di Brumale, *anno VII*; art. 1094, 1099 e 1428 (1140, 1141 *e* 1583). Quindi, immaginare una promessa di vendita senza essere obbligatoria pel compratore, od una promessa di compra non obbligatoria pel venditore, sono idee che ripugnano a' principii consagrati cogli articoli 632, 862, 1092 e 1994 (711, 938, 1138 *e* 2108). Molto meno può dirsi valida la promessa accettata senza essersi convenuto sul prezzo, poichè una tale convenzione ripugnerebbe alla natura del contratto, che allora solamente trasferisce dritti reali, quando il prezzo è stato determinato. Pria che ciò avvenga, se l' obbligazione di dare è a titolo gratuito, sia che rifletta un oggetto mobile, sia che rifletta un oggetto immobile, l' obbligazione non è perfetta se non adempite le forme prescritte dagli articoli 855, 856 e 863 (- 931, 932 *e* 939 -); o pure do-

stiniano, le nuove leggi coll' articolo 1435 (- 1590 -) han soggiunto, che se la promessa di vendere siasi fatta con caparra, ciascuno de' contraenti è in libertà di recedere dal contratto, quegli che l' ha data perdendola, e quegli che l' ha ricevuta restituendo il doppio; ma questo precetto deve limitatamente applicarsi alle sole promesse di vendite, perchè nelle vendite perfette la caparra si considera sempre come data in pruova del contratto perfezionato (1).

---

po la consegna; art. 2185 (- 2279 -). Se poi l' obbligazione di dare è a titolo oneroso, essa non può contenere che una vendita, una donazione *in solutum*, o una permuta, che alla vendita si equipara, e che senza determinazione di prezzo sarebbe nulla ed invalida; art. 1428 (- 1583 -).

Ecco perchè Maleville, nel commentare l' articolo 1434 (- 1589 -) dice, che l' articolo mette fine ad una gran discussione fra i dottori, de' quali alcuni sostennero che la promessa di vendere sia equivalente alla vendita, mentre altri asserivano di doversi risolvere in un' azione di danni ed interessi, ed ecco perchè noi, tenendoci fermi a' principii esposti, sosteniamo che la promessa di vendita sia nulla, quando non esista il consenso reciproco delle parti sulla cosa e sul prezzo, comunque fosse inesatta e poco precisa la redazione dell' articolo 1434 (- 1589 -).

(1) *Arrha*, voce greca, significa *reliquum*, residua somma, perchè le caparre nell' antico dritto romano si davano solamente per pruova della vendita fatta, ed in conto del prezzo di cui il compratore dovea una residua somma. Giustiniano introdusse le caparre pria della perfezione del contratto per pegno del contratto proposto e non perfezionato, e di queste ultime intendono parlare in questo luogo le nuove leggi.

CAPITOLO II.

Delle persone che possono comprare e vendere.

Delle persone che possono comprare e vendere per dritto romano.

§. 11. Per dritto romano i tutori, i curatori ed altri amministratori non poteano nè per loro, nè per mezzo d'interposte persone comprare i beni dei pupilli e de' minori, o di altre persone, le quali erano sotto la loro direzione; *ll. 34 e 35 ff. de contrah. empt.* Lo stesso divieto era sanzionato 1. ai procuratori per i beni ch'erano incaricati di vendere; 2. agli amministratori de' beni pubblici e privati affidati alla loro cura; 3. a' giudici, presidi delle provincie, e tutti coloro ch'erano costituiti in autorità amministrativa o giudiziaria pe' beni de' loro amministrati; 4. agli avvocati, a' quali era vietato di convenire col cliente di darglisi una quota di ciò che si conseguirebbe dalla lite ch'essi obbligavansi di sostenere a spese proprie, ciò che chiamavasi *pactum de quota litis; l. 53 ff. de pact.;* titolo del digesto *de contrah. empt.; ll. 53 ff. de reb. credit.,* e *46 ff. de iur. fisc.* Una novella di Valentiniano però mitigò il rigore contro i presidi e li governatori delle provincie, come ci assicura il consigliere Portalis (1).

---

(1) Roma ne' primi tempi della sua legislazione non ci presenta alcuna legge tendente a reprimere l' avidità de' pubblici funzionarii, poichè malgrado le mostruose usure degl' inumani creditori, malgrado le leggi agrarie che continuamente si proponevano per satollare l'avidità del popolo, que' consoli, que' pretori, que' dittatori che chiamavansi dall'aratro, sia per pacificare i torbidi interni, sia per trionfare de' loro vicini, non aveano bisogno di leggi per astenersi dal commettere il minimo attentato contro le proprietà de' loro concittadini, bastando il solo onore per rimuoverli da ogni abuso di potere.

I coniugi poi potevano reciprocamente vendere e comprare fra loro, purchè la vendita non avesse contenuto una mascherata donazione, come abbiamo dalle leggi *38 ff. de contrah. empt., e 7 ff. de donat. inter vir et uxor.*

Delle persone cui era vietato di comprare per dritto del regno pria del 1809.

§. 12. Il divieto di acquistare a titolo di compra e vendita, sanzionato dalle leggi romane, era religiosamente rispettato dalle leggi del nostro regno pria del 1809; chè anzi con una costituzione di Federico II, e colle prammatiche 14 *de officialibus*, 1 *de mercatura officialium*, 4 ed 8 *de emptione*, 14 *de officio procuratoris Caesaris*, 20 *de administratione universitatum*, si rinnovarono con maggior rigore le proibizioni di acquistare a tutti gli uffiziali regii ed amministratori comunali, vietandosi loro anche gli affitti, sotto pena *pubblicationis omnium bonorum et amissionis officii cum infamia.* Colla legge *1, ff. de extraor-*

Quando Roma vittoriosa di Annibale, ammollita dall' asiatico lusso, impotente a reggere l' immenso colosso che si avea innalzato co' soli consoli, fu obbligata di affidare la sua autorità a' proconsoli, allora la capitale e le provincie furono inondate di ogni genere di frode e di vessazione, nè mai la giustizia fu così venale, come ci assicura Cicerone colle sue orazioni contro Verre. Sotto il triumvirato de' vendicatori della morte di Cesare, immersa di bel nuovo Roma in un mare di sangue, dopo i massacri e le proscrizioni di Mario e di Silla, non si pensò a' mezzi per frenare l' avidità e le ruberie de' pubblici funzionarii; nè fu a' tempi degl' imperatori Antonino e Severo che per la prima volta si vietarono gli acquisti a' governatori delle provincie, divieto che l' imperatore Giustino estese a' prefetti ed a tutti coloro i quali aveano qualche autorità nelle provincie. *LL.* 42 e 62 *ff. de contrah. empt.*; 1 *cod. de contract. iudic. et eorum qui sunt circa eos.*

dinar. cognition., proibivasi agli avvocati di convenire prima o pendente il giudizio una somma per l'onorario della di loro opera, ma ciò era loro permesso dopo finita la causa, purchè la somma convenuta non eccedesse la sessantesima parte della lite. Colla costituzione poi del nostro regno, che principia *Advocatos*, sotto il titolo *de præstatione sacramenti ab advocatis*, e coll' altra prammatica *Hac ædictali*, sotto il titolo *de salario advocatorum*, si permise agli avvocati di pattuire il salario sia prima sia dopo terminata la causa, ma sempre purchè non si oltrepassasse la sessantesima parte della lite.

In fine, colla prammatica *1 de postulando*, pubblicata nel 1586, si vietò agli avvocati, procuratori e sollecitatori di esigere promesse di quantità da' loro clienti in caso di transazione o di vittoria, ma Sorge, colla sua giurisprudenza forense, *tom. I, cap. 10, n. 54*, ci assicura, che queste disposizioni erano cadute in disuso coll' andare degli anni, e che a' tempi suoi l' onorario degli avvocati non si tassava meno del cinque per cento, e nelle cause di grande importanza non mai meno della sessagesima parte. Oltre all' onorario in caso di vittoria esigevasi il palmario, che con dispaccio del 1 Agosto 1746 venne tassato dal due al tre per cento, da non eccedere però i ducati mille.

Delle persone che possono comprare e vendere per dritto francese e vigente.

§. 13. La vendita, come tutti gli altri contratti, essendo un dritto civile, può aver luogo fra tutte quelle persone che non sono interdette dall' esercizio del medesimo, e che non sono dichiarate incapaci dalla legge.

Oltre i motivi d' incapacità da noi espressi nel

tomo IV, *lez. 5, §§. 8 e 9*, la legge per motivi di utilità pubblica vieta di poter comprare 1. ai tutori i beni di coloro de' quali hanno la tutela; 2. a' mandatarii i beni che sono incaricati di vendere; 3. agli amministratori i beni del comune e degli stabilimenti pubblici affidati alla loro cura; 4. a' pubblici uffiziali i beni nazionali che si vendono col loro ministero; 5. a' giudici, a' loro supplenti; a' magistrati ch' esercitano il ministero pubblico, a' cancellieri, uscieri, procuratori e difensori uffiziosi, e notari, i quali tutti non possono diventare cessionarii delle liti, ragioni ed azioni litigiose che sono di competenza del tribunale, nella cui giurisdizione esercitano le di loro funzioni, sotto pena di nullità, de' danni ed interessi, e delle spese.

La vendita, ne' casi di sopra anunciati, è colpita di nullità assoluta, e quindi non solo la proprietà non si trasmette mai al compratore, ma sono eziandio essi tenuti a' danni ed agl' interessi; art. 1441 e 1442 (-1596 *e* 1597-) (1).

Le nuove leggi, ad oggetto di evitare per quanto è possibile i vantaggi indiretti, hanno esteso anche a' coniugi il divieto di compra e vendita durante il matrimonio, all' infuori de' tre seguenti casi: 1. quando uno de' coniugi giudizialmente separato cede all' altro taluni beni in pagamento dei di lui dritti; 2. quando la cessione che il marito fa alla moglie, anche non separata, è fondata sopra una causa legittima che sarebbe il rinve-

---

(1) Indipendentemente da' dritti sanzionati dalle leggi civili, altri ancora sono prescritti dalle leggi di procedura; art. 771 e 772 (-692 *e* 693-), non che dagli articoli 434 e 436 delle nostre leggi di eccezione per gli affari di commercio (-442 *e* 444-).

stimento o reimpiego de' di lei immobili alienati, o del danaro a lei spettante, se questi immobili o danaro non cadono in comunione; 3. quando la moglie cede al marito taluni beni in pagamento di una somma da lei promessagli in dote, se non siasi convenuta la comunione: salve in questi tre casi le ragioni degli eredi delle parti contraenti, quando ne risulti alcun vantaggio indiretto.

Queste eccezioni sono state dettate dalla saggezza del legislatore per facilitare le contrattazioni sociali senza timore di favorire i vantaggi indiretti, poichè in tutti e tre i casi previsti dall'articolo 1440 (-1595-), i dritti dell'un coniuge son preesistenti al contratto di cessione *in solutum*, ed in conseguenza la frode è difficile; ma se questa si verificasse, i creditori ed i terzi, cui tali cessioni recherebbero pregiudizio, non sono inibiti ad impugnarla, dimostrando il vantaggio indiretto che in ogni caso il magistrato deve annullare secondo lo spirito della legge, intenta a rimuoverlo e punirlo.

CAPITOLO III.

Delle cose che possono vendersi.

Delle cose che poteano vendersi per dritto romano.

§. 14. Siccome abbiamo osservato nel §. 6, per dritto romano poteansi vendere tutte le cose mobili od immobili, corporali od incorporali, purchè non fossero esenti dal commercio degli uomini.

Tali erano le cose sacre, religiose e sante, le cose pubbliche, la libertà degli uomini, le cose rubate, le cose litigiose, gli ufficii pubblici, come è da vedersi nell' intero titolo del digesto *de contrah. empt.*, e nelle leggi 1 *cod. quæ res vend. non possunt; ult. cod. de litigios.; e nov. 6, cap. 1, 2 e 123.*

Era ancor vietata la vendita dell' eredità della persona vivente (1), come abbiam osservato nel tomo II, *lez. undecima*, §§. *149 e 151*, non che la vendita del fondo dotale, fuori de' casi dalle leggi eccettuati, e senza osservarsi le debite formalità. Veggansi l' intero titolo del digesto *de fund. dotal.*, e la legge *un. cod. de rei uxor. action.*

In fine, rendevasi nulla la vendita di quelle cose che trovavansi perite pria della tradizione. *LL. 15 e 58 ff. de contrah. empt.*

Non era però nulla la vendita delle cose altrui, mentre poi era nullo il pegno o l' ipoteca sulla medesima, come si esprimono Diocleziano e Massimiano colla legge *5 cod. si alien. res pign.*; ciò perchè, come dicevano i romani, colui il quale vende obbliga sè stesso, non la cosa, mentre chi dà in pegno, obbliga la cosa e non sè stesso, producendo il pegno un' azione reale. Or chi non è padrone, non avendo dritto sulla cosa, non può renderla affetta d' ipoteca; *l. 20 ff. de pignorat. action.* Veggasi sul proposito Anton Fabro, non che le nostre lezioni di dritto, *tom. II* (2).

---

(1) L' uomo non ha prezzo; la di lui vita non potrebbe esser un oggetto di commercio; la sua morte non può divenire la materia di una mercantile speculazione.

È vero che gl' imprestiti a rendite vitalizie, le tontine non sono fissate che sopra i calcoli della probabilità della vita umana: ma la speculazione è generale, il guadagno e la perdita non dipendono nè dall' imperizia di un piloto corrotto o poco esperimentato, nè da verun avvenimento che sia in potere dell'una delle parti di sollecitare o di prevenire. Veggasi Gin, *analisi ragionata del codice civile francese, tom. 5.*

(2) Tra le tante opinioni pronunziate da' dottori e dagl' interpetri del dritto, per giustificare la disposizione che dichiarava valida la vendita della cosa altrui, noi crediamo la più fondata quella di Domat, cioè, che la vendita

§. 15. Le teorie sanzionate dal romano dritto erano in vigore tra noi pria del 1809, ma in forza della consuetudine *Bona stabilia*, sotto il titolo *de contractus inter virum et uxorem*, permettevasi alla moglie di alienare i beni dotali col consenso del marito, purchè non vi si opponessero i figli maschi e le femine procreati in altro matrimonio, pria che la vendita si fosse perfezionata colla tradizione della cosa e col pagamento del prezzo. Veggasi Molfesio sulla detta consuetudine, *quistione* 4, *n.* 7, ed Aloe in Domat, *tom.* 1, *pag.* 178, *nota* 16.

Soleasi ancora dalla Real camera di Santa Chiara

---

per dritto romano, producendo soltanto un' azione personale, ed avvenendo spesso che i possessori non siano i proprietarii di ciò che posseggono, e che i compratori ignorino se la proprietà realmente appartenga a' venditori, era naturale che la vendita della cosa altrui si ritenesse per valida, sintantocchè il proprietario non rendesse noto il suo dritto per far risolvere il contratto. Ecco perchè il compratore in ta' casi 1. potea prescrivere; 2. potea domandare la consegna della cosa venduta in forza dell' azione personale derivante dal contratto; 3. potea, in caso di evizione, domandare i danni ed interessi dal venditore. Veggasi Domat, *tom.* 1, *pag.* 162, *sez.* 4, *della vendita*, §. 13; non che la legge 28 *ff. de contrah. empt.*

A tutti gli effetti sopra enunciati era ragionevole aggiungerne un altro, cioè, che se il venditore divenisse realmente il proprietario, la vendita diveniva perfetta colla tradizione, poichè il venditore era nell' obbligo di consegnarla. Se poi il compratore avesse saputo in seguito che la cosa appartenesse ad altri, poteva obbligare il venditore o a comprarla o a restituire il prezzo co' danni ed interessi. Veggasi Maleville sull' articolo 1599 del codice francese, non che l' intero titolo del codice *de reb. alien. vel non alienand.*

permettere la distrazione de' beni dotali, purchè non eccedesse la terza parte della dote per la maritata, e la metà per la vedova, come abbiam osservato nelle lezioni di dritto, *tomo 4, lezione terza, §. 115.*

Delle cose che possono vendersi per dritto francese e vigente.

§. 16. Le nuove leggi permettono vendersi tutto ciò che è in commercio, meno che leggi particolari non ne abbiano vietata l'alienazione.

Siccome però la vendita consiste nella traslazione della proprietà, così è nulla la vendita della cosa altrui (1); non che la vendita di quegli og-

---

(1) La vendita della cosa altrui è senza dubbio nulla sin da principio, ma è nulla soltanto quando ciò costa chiaramente ad ambedue le parti, perchè se il compratore in buona fede ignorasse che la cosa non appartiene al venditore, la vendita non cesserebbe di essere valida; nè cesserebbe di trasferire un' azione reale, finchè il vero proprietario non rendesse noto il suo dritto per risolvere il contratto. Il compratore in tal caso potrebbe dimandare il rilascio della cosa vendutagli non per l' indennità alla quale il venditore è sottoposto in forza dell'articolo 1444 (-1599-), come sostiene Toullier, ma perchè la vendita è valida interamente per lui, ed il venditore perciò è tenuto a dare ed a garentire la cosa venduta. Per l' istesso motivo il compratore di buona fede può prescrivere, art. 2171 e 2172 (-2265 e 2266-), ciò che dimostra che la nullità non è assoluta, perchè da un atto assolutamente nullo non potrebbe derivare effetto alcuno, come abbiamo osservato nel tomo IV, §§. 77 e 78, *lezione prima.*

Se poi il compratore conoscesse che la cosa non appartiene al venditore, mentre questi vende in buona fede, il compratore non può in caso di evizione esigere il risarcimento de' danni e degli interessi, a' quali è tenuto nel primo caso, come chiaramente dispongono gli articoli 1491 e 1492 (-1645 e 1646-); ciò che sempre più dimostra che la vendita della cosa altrui non è assolutamente nulla, come sostiene Toullier, *tom.* 6, *n.* 132. Veggasi Delvincourt, *tom.* 8, *tit.* 2, *nota* 31, e Maleville sull' articolo 1589 *codice francese.*

getti che si trovassero inesistenti al tempo del contratto, perchè interamente periti; art. 1444 e 1447 (- 1599 e 1601 -). Che se una parte sola dell' oggetto venduto ne fosse perita, il compratore avrà la scelta o di recedere dal contratto, o di domandare la parte rimasta, facendone determinare il prezzo, mediante una stima; art. 1447 (- 1601 -). La legge dichiara ancora nulla la vendita dell' eredità di una persona vivente, ancorchè questa vi acconsentisse; art. 1445 (- 1600 -); la vendita dei frutti in erba e non ancora raccolti, quantevolte si conviene la consegna a peso, o numero, o misura di generi o derrate, e se ne determina anticipatamente il prezzo, senza riportarsi a quello che corre al tempo del ricolto.

E se nel caso di siffatta vendita si fosse pagata qualche somma al venditore a conto del prezzo, il compratore ha dritto a reclamarne la restituzione coll' interesse dal dì dell' anticipazione fatta alla ragione corrente.

Questa disposizione proibitiva è stata aggiunta nelle nostre leggi civili coll' articolo 1446, consentanea a quello che stava prescritto colla prammatica 2 *de emptione venditione*; ma il divieto non si estende alla vendita in massa di un' intera ricolta pendente, o di una parte di essa, per un determinato prezzo, come dispone l' ultimo periodo del citato articolo 1446.

CAPITOLO IV.

Delle obbligazioni del venditore verso del compratore.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 17. Per dritto romano il venditore era tenuto verso del compratore 1. a consegnare la co-

sa venduta, quantunque ciò non si fosse espresso col contratto; 2. a custodirla fino all'atto della consegna; 3. a garentirlo nel quieto e sicuro possesso della cosa vendutagli, dall' altrui molestia e da' difetti e vizii redibitorii che rendessero la cosa venduta inutile per l' uso destinato, o ne diminuissero notabilmente il prezzo. *LL.* 11 e 36 *ff. de act. empt. et vend.*

La consegna poi o la tradizione definivasi per *una traslazione della cosa venduta nel dominio e possesso del compratore, ed era sempre sottintesa nel contratto di vendita,* come risulta dalla legge 3 *ff. de act. empt. et vend.*, poichè il fine di chi compra è sempre quello di avere e di possedere la cosa comprata (1).

---

(1) L' impero della massima *non pactis, sed traditionibus dominia rerum transferuntur*, religiosamente osservata da' romani giureconsulti, facea dubitare se il compratore astringer potesse il venditore a consegnargli la cosa venduta, e tale quistione dividea le opinioni de' giureconsulti e dei dottori, poichè Scuttingio, Noodt e varii altri sostenevano la negativa, appoggiandosi sulle leggi 1 *ed* 11 *ff. de act. empt. et vend.*, mentre Cuiacio, Perezio e Zuesio, seguiti da una numerosa schiera d' interpetri, sostenevano l' affermativa, fondando sulle leggi 35 *ff. de contrah. empt.*, e 31 *ff. de act. empt. et vend.*

Noi però crediamo che questa contrarietà di opinioni nascea dal non essersi da' giureconsulti romani formata una idea precisa del dritto di proprietà nello stato d' infanzia di quel popolo di fuorusciti, che divenne poi il popolo legislatore del mondo, mentre quando s' incominciò a distinguere che la proprietà non più dipendeva dal possesso per essere divenuta permanente nello stato civile, gl' istessi giureconsulti romani furono obbligati a deviare dagli antichi principii, rendendo la legislazione vacillante ed incerta sugli effetti da attribuirsi al contratto di vendita. Veggansi le nostre lezioni di dritto civile, *tom. II*, *lezione quinta*, §§, 83 *ed* 85, non che la nota sulle pagine 224 e 225 dello stesso volume.

La tradizione produceva i seguenti effetti, cioè 1. che il compratore colla tradizione diveniva pienamente padrone della cosa venduta col dritto di goderne, di servirsene, e disporre a suo talento, purchè ne pagasse il prezzo; §§. 40 *e* 41 *de rer. divis.* 2. Che se il venditore non era padrone della cosa venduta, il compratore colla tradizione non ne acquistava il dominio, ma rendeva suoi i frutti percepiti in buona fede, ed acquistava il dritto a prescrivere; §. 53, *Instit. de rer. divis.; ll.* 26 *e* 43 *ff. de adquir. vel amit. posses.* 3. Che vendendosi una stessa cosa a due compratori da uno o da due differenti venditori, colui che avesse ottenuta prima la tradizione era preferito all' altro, quando anche il contratto di quest' ultimo fosse di una data anteriore, rimanendo a costui l' azione di garentia contro il suo venditore per *l' id quod interest. LL.* 31 *ff. de act. emp. et vend.;* 9 *ff. de public. in rem act.;* 15 *cod. de peric. et comod. rei vend.;* 6 *cod. de haered. et act. vend.*

La consegna poi dovea farsi nel tempo e nel luogo convenuto, e quando non vi fosse su di ciò convenzione, dovea consegnarsi subito nel luogo dove si ritrovava al tempo del contratto, sotto pena de' danni e degl' interessi verso del compratore (1), ma se il venditore si fosse trovato in pericolo manifesto di perdere il prezzo per lo fallimento del compratore, poteva allora ritenere la cosa venduta, quasi per pegno, finchè non venisse assicurato del prezzo. *L.* 18 *ff. de peric. et comod. rei vendit.*

Finalmente, la consegna dovea farsi nell'istessa quantità convenuta; per lo che il dritto romano

(1) Vedi il titolo del digesto *de contrah. empt., et de action. empt. el vend.*

stabiliva le seguenti regole: 1. che in una vendita fatta a misura, se si fosse errato nella quantità, il contratto non era sciolto *ipso iure*, ma dipendea dal compratore o di rescinderlo o di farlo sussistere, accrescendo o diminuendo il prezzo in ragione della maggiore o minore estensione; *ll.* 40 *ff. de contrah. empt.*; 4 *ff. de act. empt. et vend.* 2. Se poi la vendita era stata convenuta a corpo e non a misura, non vi era luogo ad azione di supplimento o diminuzione di prezzo, se non vi fosse concorso il dolo personale del venditore; *l.* 19 *ff. de act. empt. et vendit.* 3. Che nella vendita simultanea di due fondi fatta coll' istesso contratto e pel medesimo prezzo, la mancanza dell' estensione di uno di essi dovesse compensarsi coll' eccesso dell' altro. *LL.* 4, 22 e 42 *ff. de act. empt. et vendit.*

In quanto alla garentia osserviamo 1. che in ogni caso di evizione e di molestia, il venditore era tenuto a garentire il compratore, meno che non si trattasse di casi inopinati, fortuiti o provegnenti dal fatto del principe. 2. Che questa garentia consisteva nell'indennizzazione de'danni e degl' interessi che potea soffrire il compratore, e se il compratore era evitto, nella restituzione del prezzo. 3. Che all'istessa garentia era tenuto il venditore pe'vizii della cosa venduta, e che davano luogo all'azione detta *redhibitoria*, in forza della quale il compratore poteva o far risolvere la vendita, se i vizii fossero stati tali da rendere la cosa inservibile all'uso a cui era addetta, o a diminuirne il prezzo, come meglio spiegheremo co' §§. 19 e 21. Veggansi gl' interi titoli del digesto *de act. empt. et vend.*, *de contrah. empt.*, *de aedilit. edict.*; e Domat, *tom.* 1, *sez.* 10 *ed* 11, *lib.* 1, *tit.* 2.

§. 18. Le nuove leggi, dopo aver ripetuto il principio consagrato colla legge 21, *ff. de contrah. empt.*, che le clausole dubbie in un contratto di di compra-vendita debbono interpetrarsi contro del venditore, il quale, presumendosi conscio delle cose che vende, potea più chiaramente spiegarsi, *legem apertius dicere* (1), dichiarano che le obbligazioni del venditore si restringono a due, cioè 1. alla consegna; 2. alla garentia della cosa che vende; art. 1448 e 1449 (- 1602 *e* 1603 -). Noi esporremo in questo paragrafo le teorie relative alla tradizione, e ne' paragrafi seguenti quelle che riflettono la garentia sia pel caso di evizione, sia pe' vizii della cosa venduta.

La tradizione o consegna consiste nella traslazione della cosa venduta in potere e possesso del compratore. Se trattasi d'immobili, la consegna si fa simbolicamente per mezzo delle chiavi o de' titoli di proprietà; se trattasi di mobili, si fa colla consegna reale o simbolica; se, in fine, trattasi di

---

(1) La legge citata è un testo di Labeone, ed altre due regole simili troviamo nelle leggi 39 *ff. de pactis*, e 172 *ff. de reg. iur.*; ma il giureconsulto Paolo sanziona una regola diversa colla legge 34 *ff. de empt. vend.*, ed a lui fa eco il giureconsulto Marcello colla legge 60 dello stesso titolo. A conciliare i testi citati, il dotto Gotofredo insegna che la regola di Labeone deve applicarsi allorché si tratta dell' oggetto principale della vendita, o di patti accessorii che il creditore volle unire alla vendita. Ma se si quistiona delle interpetrazioni delle convenzioni accessorie e stipulate nell' interesse del compratore, ragion vuole che il dubbio sia interpetrato in di costui danno. Veggasi Gotofredo, *commento alla legge* 172 *de reg. iur.*, e Vinnio, trattato *de pactis*, *n.* 4, 5 *e* 6.

dritti incorporali, la tradizione si esegue o colla consegna de' titoli, o coll' uso che ne fa il compratore di consenso del venditore; art. 1450 a 1453 (-1604 *a* 1607-). In ogni caso poi le spese della tradizione sono a carico del venditore, e quelle del trasporto a carico del compratore, se non vi sia stata stipulazione in contrario; art. 1454 (-1608-).

Le nuove leggi, uniformamente alle sanzioni del dritto romano, dispongono 1. che la tradizione dovesse farsi nel tempo e nel luogo convenuto per la consegna, basta che il compratore ne paghi il prezzo, o dia altrimenti sicurezza al venditore, qualora costui gli abbia accordato dilazione al pagamento; 2. che debba consegnarla nello stato in cui si trova nel tempo della vendita con tutti i suoi accessorii e tutto ciò che fu destinato al perpetuo uso di essa; 3. che debba consegnarla in tutta l' estensione che si è stipulata col contratto; 4. che mancando il debitore all' adempimento di tali obblighi, il compratore può chiedere a suo arbitrio o la risoluzione del contratto, o ch' egli sia posto nel possesso della cosa venduta, sempre coll' obbligo al venditore di risarcirlo de' danni e degli interessi; art. 1455 a 1462 (-1609 *a* 1616-).

In quanto alle vendite degl' immobili fatte coll' indicazione della quantità in ragione di un tanto per ogni misura, le nuove leggi fanno le seguenti regole: 1. se si trovi manchevole la quantità o l' estensione indicata col contratto, il compratore ha il dritto di chiedere il compimento dell' estensione convenuta, o pure di domandare una proporzionata diminuzione del prezzo; art. 1463 (-1617-) (1). 2. Se poi l' estensione si trovi mag-

(1) Fia utile avvertire che nel codice per lo regno delle

giore di quella convenuta col contratto, la legge accorda al compratore la scelta di corrispondere il supplimento del prezzo, o di recedere dal contratto, se l' eccesso sorpassi la vigesima parte dell' estensione dichiarata; art. 1464 (-1618-). 3. Quante volte la dichiarazione di estensione si contiene in un contratto di vendita che riguarda un corpo certo e circoscritto, o più fondi distinti e separati, sia che incominci dalla misura, o pure dall' indicazione del corpo venduto seguìta dalla misura, l' espressione di tal misura non dà luogo ad alcun supplimento di prezzo a favore del venditore per l' eccesso della misura, nè ad alcuna diminuzione di prezzo in favore del compratore, se la misura sia minore, se non quando la differenza della misura reale, in confronto di quella indicata col contratto, ecceda la vigesima parte di più o di meno del valore intero delle cose vendute; purchè non vi sia stipulazione in contrario; art. 1465 (-1619-). 4. Verificandosi l' eccesso dell' estensione corrispondente alla vigesima parte del valore intero delle cose vendute, il compratore ha la scelta o di recedere dal contratto, o di supplire il prezzo e gl' interessi; ma prescegliendo la risoluzione del contratto, il venditore è tenuto restituirgli, oltre il prezzo, anche le spese del contratto medesimo; art. 1466 e 1467 (-1620 e 1621-). 5. Se siansi venduti più fondi coll' istesso

---

Due Sicilie per incuria del tipografo si è incorso in un errore nello stamparsi l' articolo 1463 del progetto delle nuove leggi fatto dalla commissione, come ci assicura il barone Magliano membro della commissione medesima. L' articolo 1463 dovea essere una copia letterale dell' articolo 1617 codice francese, mentre come giace contiene manifestamente una ellissi, essendo manchevole della dichiarazione *se la estensione indicata si ritrovi minore*, la quale condizione per altro si sottintende agevolmente dal tenore istesso dell'articolo.

contratto, e per un solo e medesimo prezzo, coll'indicazione della misura di ciascuno di essi, vi ha luogo a compensazione fino alla debita concorrenza, se l' estensione sia minore nell' uno e maggiore nell' altro. Il di più che non potrà compensarsi darà luogo ad un' azione per supplimento o diminuzione di prezzo, quando vi sia eccesso o difetto del vigesimo; art. 1469 (-1623-). 6. In ogni caso l'azione, tanto per supplimento, quanto per diminuzione di prezzo, si prescrive coll' elasso di un anno, da computarsi dal giorno del contratto; art. 1468 (-1622-). 7. In fine, perciò che riflette la risponsabilità del venditore relativamente all'obbligo di conservare la cosa venduta, come pure relativamente alla perdita o deteriorazione della medesima, ed a' danni ed agli interessi in caso d' inadempimento della convenzione, la legge si rimette alle regole stabilite col titolo de' contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale, che da noi sono state esposte nel tomo II, *lezione prima*, §§. 17 e 18.

Della garentia in caso di evizione per dritto romano.

§. 19. *Evincere* significa propriamente togliere qualche cosa ad alcuno in virtù di una sentenza. Quindi, per evizione s' intende *l'abbandono di una cosa che alcuno è obbligato di fare in virtù di una sentenza che ve lo condanna.* Vedi Donello, *comment. ad dig. de eviction.*

Le evizioni che davano luogo alla garentia per dritto romano erano 1. quelle di cui esisteva una causa al tempo della vendita; 2. quelle che, comunque avessero incominciato ad esistere dopo del contratto, procedessero dal fatto del venditore; 3. l'evizione che si soffriva da colui che n'era il vero proprietario, perchè prima ne avea ottenuta la tradizione, sia che fosse anteriore sia posteriore al titolo del compratore evitto; 4. quando il compratore fosse succeduto sia a

titolo universale, sia a titolo particolare, ad un terzo che n' era il vero proprietario. *LL. 57 ff. de eviction.; 51 ff. eod.*, 1. *cod. de empt. vend.*; 13 *ff. de actione empt. et vend.*; *29 ff. eod.*

Quando si era convenuto che il venditore non dovesse essere soggetto a garentia, Pomponio era di avviso doversi non pertanto dessa prestare dal venditore, quando egli conosceva la causa dell' evizione, ed in ogni caso, verificata l' evizione, doveasi restituire al compratore il prezzo, cui solamente erano negati gli utili, *utilitatem non deberi. LL. 6 e 12 ff. de act. empt. et vend.*

Tutti gli altri principii relativi alla garentia in caso di evizione, professati dal dritto romano, sono stati ritenuti dalle nuove leggi, e saranno da noi espressi col paragrafo seguente; se non che per l'azione competente al compratore nel caso che avesse scoverta una servitù nel fondo vendutogli, il dritto romano distingueva tre casi, cioè 1. che il fondo fosse stato venduto *ut optimus maximusque esset*, ed allora il venditore era tenuto alla vera garentia per evizione; *l.* 75 *ff. de evict.* 2. Che il fondo fosse stato venduto senza tal clausola, ma che il venditore non ignorasse la scoperta servitù, ed allora avea luogo l'azione *ex empto; l.* 39 *ff. de eviction.* 3. Che si scovrisse una servitù ignorata dallo stesso venditore, ed allora avea luogo la semplice azione *quanti minoris; L. 61 ff. de aedilitio edicto*, ed ivi Gotofredo ed Ubero.

Per dritto romano era ancora di assoluta necessità, che il compratore denunciasse la lite al suo autore per poter agire per l'indennizzazione, come risulta dalle leggi *8 e 20 cod. de empt. vend.*; ma la denunzia dovea farsi avanti la contestazione della lite, come risulta dalla legge *29, ff. de legat. terti.*, mentre colla legge *29, ff. de act. empt. et vend.*, si permetteva la denunzia *quolibet tempore, dum tamen ne prope ipsam condemnationem fiat.*

§. 20. Allorchè il compratore per effetto di un' azione reale contro di lui intentata da un terzo perde la totalità od una porzione della cosa comprata, ha dritto di essere garentito dal venditore, poichè il fine della compra-vendita altro non è pel compratore se non il godimento della cosa che forma l' oggetto del contratto. Su questo principio fonda l' obbligo che ha il venditore di garentire il compratore da tutte le evizioni o sia molestie, la causa delle quali esisteva anteriormente alla vendita.

Questa garentia è di dritto, in quanto ch' è dovuta indipendentemente da ogni stipulazione, ed è di essenza del contratto, quando l' evizione provenga da un fatto personale del venditore; non potendosi stipulare che non sia tenuto a' danni cagionati per il suo dolo personale. Ma per l' evizione dipendente dal fatto di terze persone il venditore può accrescere o diminuire l' obbligo della garentia, e può anche pattuire di non essere tenuto ad alcuna garentia; nel quale ultimo caso, verificandosi l' evizione, il venditore ha l' obbligo di restituire solamente il prezzo della cosa evitta, meno che il compratore non fosse stato consapevole del pericolo dell' evizione nell' atto della vendita, o avesse comprato a suo rischio e pericolo; art. 1472, 1473, 1474 e 1475 (- 1626, 1627, 1628 *e* 1629 -).

Allorchè siasi promessa la garentia, o nulla siasi stipulato su tale oggetto, in caso di evizione dell' intera cosa venduta, il compratore ha dritto a pretendere 1. la restituzione del prezzo; 2. quella de' frutti, quando sia obbligato di restituirli al proprietario che ha revindicata la cosa; 3. le spese fatte in conseguenza della denunzia della lita al suo autore, e quelle fatte dall' attore principale; 4. finalmente, i danni ed interessi, co-

me pure le spese legittime del contratto; art. 1476 (- 1630 -).

Se all'epoca dell'evizione la cosa venduta si trovi diminuita di valore o deteriorata, sia per negligenza del compratore, sia per un accidente di forza irresistibile, il venditore è sempre tenuto a restituire l'intero prezzo, giacchè il compratore avea dritto di credersi proprietario in buona fede del fondo comprato, e quindi dee rispondere de' deterioramenti avvenuti alla roba sua propria, quando anche fossero stati causati per sua negligenza. Se però avesse egli ritratto un utile da' deterioramenti fatti sul fondo, il venditore avrebbe dritto di ritenere sul prezzo una somma corrispondente a quest' utile; art. 1477 e 1478 (- 1631 *e* 1632 -).

Se il fondo si trovasse aumentato di valore in tempo dell'evizione, o se il compratore vi avesse fatte spese voluttuose od utili, il venditore nel primo caso è tenuto a pagare al compratore la plusvalenza del prezzo della vendita, e nel secondo caso è tenuto a pagarle solamente quando fosse in mala fede.

In fine, le spese ed i miglioramenti utili è tenuto a rimborsarli, sia che fosse in buona, sia in mala fede; art. 1479 a 1481 (- 1633 *a* 1635 -).

Allorchè si verifica l'evizione per una sola parte del fondo venduto, o allorchè si scovrono servitù non apparenti, non dichiarate dal venditore nell'atto del contratto, la legge prevede due ipotesi a verificarsi, cioè 1. che la parte evitta e la servitù scoverta fossero di tale importanza, che il compratore, se ne fosse stato consapevole, non avrebbe effettuato il contratto; 2. che semplicemente diminuiscano il valore della cosa venduta.

Nel primo caso la legge permette di poter rescindere il contratto, e quindi accorda al compratore gl' istessi dritti che competono a colui il quale

soffre l' evizione dell' intera cosa venduta ; art. 1476 a 1481 (-1630 *a* 1635-). Nel secondo caso poi gli accorda una semplice indennizzazione, mediante una stima da farsi all' epoca dell' evizione , e non a proporzione del prezzo totale della vendita , tanto in caso di aumento , quanto di diminuzione della cosa venduta; art. 1483 e 1484 (-1637 *e* 1638-).

Le altre quistioni, che possono nascere pel risarcimento de' danni e degl' interessi recati al compratore coll' inadempimento della vendita, debbono essere decise secondo le regole generali stabilite col titolo de' contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale, e da noi esposte nel tomo IV, *lez. prima*, §§. *21 e 22*; ma in ogni caso l' obbligo della garentia per causa di evizione cessa, quando il compratore si è lasciato condannare con una sentenza pronunziata in ultima istanza , o di cui non si possa più ammettere l' appellazione , senza chiamare in giudizio il venditore , se questi prova che vi erano sufficienti motivi per far rigettare la domanda ; art. 1485 e 1486 (-1639 *e* 1640-).

Della garentia pe' vizii della cosa venduta , o sia dell'azione redibitoria per dritto romano.

§. 21. Presso i romani i vizii che porgevano campo all' azione redibitoria riguardavano propriamente i difetti degli animali e quelli delle cose mobili , ma nel titolo *de ædilitio edicto* trovansi parecchie decisioni applicabili anche alle vendite degl' immobili.

Il principio generale in questa materia si era, che il venditore dovea rispondere de' vizii occulti , che rendono la cosa non atta all' uso destinato ; de' vizii che diminuivano l' uso in modo che il compratore non l' avrebbe comprata; de' vizii, finalmente, che conosciuti avrebbero determinato il com-

pratore ad offrire un prezzo minore. Ne' due primi casi il compratore poteva agire con l' azione redibitoria per far annullare la vendita, e coll' azione *quanti minoris*; nel terzo caso poi non poteva valersi che della sola azione estimatoria, detta *quanti minoris*. *LL.* 3 *ff. de aed. edict.*, e 39 *ff. de act. empt. et vend.*

I vizii manifesti, i vizii che il compratore avrebbe potuto da sè stesso conoscere, non davano luogo all' azione redibitoria, giusta la sentenza di Ulpiano contenuta nella legge *14 ff. de aed. edict.*

L' effetto poi dell' azione redibitoria si era la restituzione del prezzo e de' danni e degl' interessi, se il venditore conosceva i vizii della cosa venduta, giusta il rescritto di Antonino contenuto nella legge 1 *cod. de œdil. edict.*, e la sola restituzione del prezzo ed il rimborso delle spese, quando i vizii non fossero stati a lui noti, giusta la sentenza di Ulpiano, che leggesi nella legge 14 *ff. de act. empt. et vend.*

In fine, quest' azione si prescriveva coll' elasso di sei mesi, da computarsi dal giorno in cui il compratore poteva riconoscere i difetti della cosa venduta, giusta il rescritto di Gordiano, sanzionato colla legge 2 *ff. de œd. action.*, e l' azione estimatoria *quanti minoris* prescrivevasi col termine di un anno, giusta la legge sopra citata.

Della garentia pe' vizii della cosa venduta, o sia dell' azione redibitoria per dritto francese e vigente.

§. 22. Dal principio, che il fine del compratore si è quello di ottenere il pacifico possesso ed il libero godimento della cosa vendutagli, ne siegue, che se la cosa venduta nell' atto della vendita era affetta di vizii tali, che o la rendono non atta all' uso destinato, o ne diminuiscono quest' uso, diminuendone eziandio il valore, per questi vizii

detti redibitorii il compratore deve essere garentito giusta le regole seguenti: 1. quantevolte i vizii redibitorii siano stati occultati al compratore, qualunque ne sia la loro natura, egli ha la scelta di restituire la cosa e di farsi rendere il prezzo, o di ritenerla e di farsi rendere una parte del prezzo a giudizio de' periti; art. 1490 (-1644-). 2. Se poi i vizii gli siano stati dichiarati al momento della vendita, o se erano apparenti, non ha dritto a garentia alcuna; art. 1488 (-1642-). 3. Quando il venditore conosceva i vizii redibitorii, e li ha ciò non ostante taciuti al compratore, è tenuto non solo alla restituzione del prezzo, ma eziandio a' danni ed interessi, quando anche si fosse convenuto di non essere tenuto a garentia alcuna; e ciò per la massima che niuno può trar profitto dal proprio dolo personale; art. 1489 e 1491 (-1643 *e* 1645-). Se poi i vizii redibitorii erano ignoti al venditore, è soltanto tenuto a restituire il prezzo e le spese occasionate dalla vendita; e sarà anche esentato da quest' obbligo, se si fosse convenuto di non essere tenuto a garentia; art. 1492 (-1646-). 4. Se la cosa venduta, affetta di vizii redibitorii, fosse perita per effetto de' vizii medesimi, il compratore ha dritto di pretendere il prezzo, e li danni ed interessi; se poi fosse perita per caso fortuito, la perdita resta a carico del compratore, perchè *nihil ei obest proptaer vitium*, non essendo stato il vizio la causa della perdita che soffre; art. 1493 (-1647-). 5. In fine, le nuove leggi si rimettono alle consuetudini locali in quanto al termine, entro il quale si debbe esercitare l' azione redibitoria, dichiarando ch' essa non ha luogo nelle vendite giudiziali; art. 1494 e 1495 (-1648 *e* 1649-).

CAPITOLO V.

Delle obbligazioni del compratore verso del venditore.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 23. Poichè per dritto romano la compra-vendita non partoriva un' azione reale, ma una semplice azione personale *ex stipulatu*, il venditore, quando non gli si fosse pagato il prezzo della cosa venduta, in forza dell'azione *venditi* potea costringere il compratore a pagarglielo, ma non potea per tal mancanza far rescindere il contratto, meno che se non si fosse ciò convenuto. *LL. 8 cod. de contrah. empt.; 6 cod. de act. empti et venditi; e 14 cod. de rescind. vendit.*

Il patto poi di doversi il contratto rescindere se non si fosse pagato il prezzo nel tempo stabilito, dicevasi patto *commissorio* o *lex commissoria*, che annoveravasi tra le condizioni risolutive, poichè, se spirato il termine stabilito il venditore dichiarava di volersi avvalere del patto, il contratto era sciolto *ipso iure*, ed il venditore coll'azione *vendicatoria* riprendeva le cose vendute dalle mani di qualunque possessore. *LL. 2, 3, 5 e 6 ff. de leg. comis.*

Il patto commissorio operava senza bisogno d'interpellazione, in forza della massima *diès interpellat pro homine;* e produceva gli stessi effetti tanto nella vendita degl' immobili, quanto delle cose mobili. *L. 12 cod. de contrah. et commit. stipulat.*

Il compratore poi, quando avesse ricevuto la consegna della cosa venduta, era nell' obbligo di pagare il prezzo nel luogo e nel tempo stabilito per la consegna; e se la cosa era frugifera, da quel momento dovea pagare le usure del prezzo, quando anche non fossero state convenute. *L. 2 cod. de*

usuris, ed i titoli del codice e del digesto *de act. empt. et venditi.*

Se però il compratore fosse stato di fatto molestato nel suo possesso da qualche domanda di revindicazione ipotecaria o altra simile, in tali casi poteva egli sospendere solamente il pagamento *cum in ipso limine contractus immineat evictio*, come si esprime la legge *17 cod. de evict.*

Delle obbligazioni del compratore per dritto francese e vigente.

§. 24. Avendo le nuove leggi coll' articolo 1428 (-1583-) proclamato il principio, che la vendita è perfetta fra le parti, e la proprietà si acquista di dritto dal compratore riguardo al venditore, appena si è convenuto della cosa e del prezzo, ne segue 1. che se non vi è convenzione in contrario, appena che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, il compratore debba subito nell'atto e nel luogo della consegna pagare il valore della cosa vendutagli; art. 1496 (-1650-). 2. Che ove siasi fissata l'epoca ed il luogo del pagamento, le parti debbono conformarvisi; art. 1497 (-1651-). 3. Che se il compratore è in mora di pagare il prezzo, deve pagare gl' interessi, solamente quando ciò fosse convenuto col contratto, o quando la cosa venduta e consegnata producesse frutti naturali e civili, o quando finalmente il compratore fosse stato interpellato a pagare; ma in questo ultimo caso gl' interessi non decorrono se non dal giorno della intimazione; art. 1498 (-1652-). 4. Che non adempiendo il compratore al pagamento del prezzo, il venditore ha il dritto di far risolvere il contratto, ed i tribunali dovranno all' istante pronunziare la risoluzione, se il venditore si trova in pericolo di perdere la cosa ed il prezzo; ma se tale pericolo non vi è, può ac-

cordarsi al compratore una discreta dilazione, trascorsa la quale non gli si potrà mai accordare una seconda; art. 1137, 1500 e 1501 (-1184, 1654 e 1655-) (1). È però di avvertire, che se il compratore è molestato o ha giusto motivo da temere

(1) La condizione risolutiva sottintesa, sanzionata cogli articoli 1137 e 1520 (-1184 e 1674-), è di nuova istituzione, e si sottintende sempre che il venditore non adempie al pagamento del prezzo, quando anche il fondo si trovasse passato in altre mani. Il giudice può, per circostanze gravi, accordare una dilazione al debitore, ma giammai abusare del suo dritto per accordargliene una seconda.

Ma il dritto del venditore per la risoluzione del contratto può esperimentarsi dopo ch' egli è concorso in giudizio di espropria, fatta sull' immobile venduto in concorso de' creditori del venditore, per godere del privilegio che gli accorda l' articolo 1972 (-2103-). Sì fatta quistione è stata variamente decisa da' tribunali di Francia, come è da vedersi negli arresti de' 16 Luglio 1818 in Sirey, *vol.* 19, *parte* 1, *pag.* 27; 2 Dicembre 1811, *vol.* 12, *part.* 1, *pag.* 56; 16 Giugno 1811, *vol.* 11, *part.* 1, *pag.* 337; ed 11 Ottobre 1814, *vol.* 15, *part.* 1, *pag.* 147: ma noi crediamo che il venditore possa sempre domandare la risoluzione del contratto finchè non sarà stato definitivamente pagato, perchè l' arresto del 16 Luglio 1818, che decise il contrario, fonda sulla particolare considerazione di aver il venditore espressamente rinunziato al suo diritto di far risolvere la vendita. Trattandosi di una legge imposta alla proprietà nel momento che si è trasferita al compratore, il creditore può ben rinunziarvi, ma questa rinunzia dev' essere espressa, poichè non si presume mai ch'egli avesse rinunziato al suo dritto se non a condizione di essere rimborsato del prezzo. Questo principio consagrato da Pothier, trattato *della vendita*, *n.* 475, è stato ritenuto e cogli arresti sopra enunciati, e con molti altri riportati da Sirey, *vol.* 16, *part.* 2, *pag.* 45; e *vol.* 18, *part.* 1, *pag.* 128. Vedi Merlin, *repertorio*, alle voci *privilège*, *créance*, *sez.* 5, *n.* 5, e *trascription*, §. 3, *n.* 3; non che nelle quistioni di dritto alla voce *résolution*.

*

di esserlo, sia per un' azione ipotecaria, sia per un' azione di revindica, può sospendere il pagamento del prezzo, quando anche fosse stato questo delegato ad altri, e la delegazione fosse stata accettata dal compratore e da' creditori delegatarii; ma è necessario che il motivo del timore sia giusto e ragionevole; che una iscrizione giustifichi il pericolo dell' esperimento dell'azione ipotecaria (1); che un titolo comprovasse il periglio di un' azione di revindica; ed anche in questi casi il venditore, finchè non abbia fatto cessare le molestie, potrà pretendere il prezzo, previa cauzione, quando non siasi convenuto che il compratore pagherà non ostante qualunque molestia; art. 1499 (-1653-).

---

(1) L'articolo 1499 (-1653-) non dice soltanto *se il compratore è molestato*, ma soggiugne *o ha giusto motivo da temere di esserlo*, nel che si osserva una disposizione contraria a quella del dritto romano che richiedeva una molestia effettiva. *L.* 17 *cod. de eviction.*

Delvincourt, *tom.* 8, *pag.* 22, *nota* 96, crede che l' esistenza di un' iscrizione ipotecaria non giustifichi il compratore a potersi ritenere il prezzo per timore di una molestia che può cagionargli il creditore ipotecario.

Noi non possiamo dividere la sua opinione, memori della massima consagrata colla legge 35 *ff. de contrah. empt.*, e ripetuta dalle nuove leggi, *che è obbligo del venditore di manifestare tutti i vizii della cosa venduta, potendo egli*, come si esprime Labeone, *legem apertius dicere.*

Quando poi il venditore avesse asserito col contratto, che il fondo era franco e libero da ogni ipoteca, crediamo non potersi dubitare che il compratore fosse autorizzato a ritenere il prezzo, scovrendosi qualche iscrizione. Noi di buona fede abbiamo professato questi principii nella causa tra Marini-Serra e Zumbini, ed il tribunale egualmente che la gran Corte vivile hanno fatto dritto alle nostre ragioni. Vedi Pothier, trattato *della vendita*, *n.* 280 *a* 281.

In ogni caso poi quando anche giustamente il compratore ritenesse il prezzo, dovrà sempre gl'interessi fino al pagamento effettivo, non potendo godere nel tempo stesso della cosa e del prezzo, come decise la Corte di Agen. Vedi la decisione del 10 Gennaio 1810, in Sirey 1815, *parte 2, pag. 182*. In fine, anche sotto l'impero delle nuove leggi suole talora stipularsi co' contratti di compra-vendita il *patto commissorio;* ma i novelli legislatori, allontanandosi da' principii del dritto romano, e volendo proteggere la condizione del compratore, stabiliscono che la vendita in tal caso non si risolvesse *ipso iure;* ma che anche spirato il termine il compratore potesse non ostante pagare, finchè non fosse costituito in mora con una intimazione; ma dopo questa, il giudice non può accordargli dilazione alcuna; art. 1502 (-1656-). Questa disposizione però non è applicabile alle vendite di derrate o di cose mobili, per le quali lo scioglimento della vendita ha luogo *ipso iure*, appena spirato il termine per la tradizione, essendosi riflettuto, che il più leggiero ritardo potrebbe cagionare un notabile pregiudizio al venditore, attesa la istantanea variazione de' prezzi che suole avvenire nella vendita delle derrate e delle cose mobili; art. 1503 (-1657-). Veggansi le osservazioni del tribuno Favre e del consigliere Portalis, *esposizione dei motivi*, *n. 70*.

CAPITOLO VI.

Della nullità e dello scioglimento della vendita.

Nozioni preliminari.

§. 25. In questo capitolo non ci occupiamo delle cause di nullità o di rescissione, che son comuni al contratto di compra-vendita, come a tutte

le altre convenzioni, poichè di queste ne abbiamo ragionato nel tomo IV, *lez. prima, §§. 75 ad 81.*

Molto meno intendiamo intrattenerci sulle cause di rescissione che provengono sia dalla mancanza della tradizione per parte del venditore, sia per mancanza del prezzo da parte del compratore, avendo di queste parlato col capitolo precedente.

Solo qui intendiamo occuparci di alcune cause di rescissione, che sono particolari al contratto di compra-vendita; quali sono il ritratto convenzionale e la viltà del prezzo.

Sezione I.

Del ritratto convenzionale, o sia del dritto di ricompra.

Del dritto di ricompra secondo il dritto romano.

§. 26. Il dritto di ricompra, altrimenti chiamato *ritratto* per dritto romano, altro era convenzionale, altro era legale. Allorchè erasi convenuto, che il venditore potesse riprendersi la cosa venduta, restituendo il prezzo, il ritratto dicevasi convenzionale, e la vendita intendevasi contratta sotto condizione risolutiva, per lo che il venditore riprendeva la cosa esente da pesi e da ipoteche. *LL. 2 e 7 cod. de pactis inter emptor. et vendit. compos.; e 12 ff. de praescrip. verb.*

Quando poi la facoltà di ricomprare si fosse data dopo perfezionato il contratto di vendita, allora, verificandosi l' esperimento di un tale dritto, il venditore riacquistava la cosa venduta per effetto di una nuova compra, e quindi dovea rispettare i pesi e le ipoteche imposte dal compratore. Il dritto di ricompra poi poteva essere o temporaneo o per-

petuo per effetto della convenzione. Nel primo caso, scorso il termine, accordavasi una dilazione al compratore che volesse esercitarlo; *l. 1 cod. de pactis inter empt. et vendit. compos.*; nel secondo caso, era quistione tra i dottori, se fosse o no prescrittibile il dritto di ricompra, e comunque Ubero, *de rescind. vendit.*, *n. 10*, e Domat, *tomo 1*, *lib. 1*, *tit. 2*, insegnassero che dovesse limitarsi al termine di anni trenta, pur tuttavolta l' opinione contraria sostenuta da Fachineo, *controvers. iuris*, *lib. 2*, *cap.* 13, era stata adottata nel nostro foro, specialmente perchè presso di noi il debitore e li suoi eredi non potevano mai prescrivere per la mala fede in essi presunta *ob conscientiam debiti* (1).

Il ritratto legale poi avea luogo 1. in favore del padrone diretto, allorchè il padrone utile volesse vendere ad altri il suo dominio; *l. ult. cod. de iure emphyt.* 2. In favore del socio nella cosa comune; *lib. 5*, *feud.*, *tit.* 13. 3. In favore del vicino che chiamavasi propriamente *ius congrui*, e ciò indipendentemente dal ritratto *feudale* che non forma oggetto delle nostre ricerche, e dal ritratto *lineale* in favore de' cognati, abolito dall' istesso dritto romano con le leggi *14 cod. de centrah. empt*, e *16 ff. de reb. auctorit. iudic. possidend.*

---

(1) Era quistione tra i dottori, se il *ritratto* partoriva un' azione reale, semplicemente personale, o pure *in rem scripta*. Castrense, Cuvarruvia, Socino, Tiraquello ed altri sostennero che il patto del *ritratto* produceva un' azione reale, appoggiandosi sulla legge 13 *ff. de pignorat. action.* Zassio, Giasone, Alessandro ed altri sostennero che questo patto produceva una semplice azione personale, fondandosi sulla legge 135 *ff. de verbor. obligat.*; ma nella pratica gli si attribuiva un' azione personale *in rem scripta*, che poteasi promuovere contro qualunque terzo possessore per argomento tratto dalla legge 3 *ff. ad exhibend.* Vedi Pothier, trattato *della vendita*, *n.* 387.

Del dritto di ricompra, ó sia del ritratto per dritto del regno pria del 1809.

§. 27. In quanto al ritratto convenzionale, il dritto patrio seguiva le teorie del dritto romano.

In quanto poi al ritratto legale, detto dritto di congruo, esso era regolato dalla costituzione *Sancimus* dell' imperatore Federico II, non che dalla consuetudine *Si quis emit*; e di altre consuetudini napolitane registrate al titolo 18, *de iure congrui*, che sono state commentate da Afflitto, Napodano, Brilla, de Rosa, ed altri; ma finalmente è stato abolito con legge del 27 Gennaio 1789, come funesto alla libertà del commercio e delle contrattazioni sociali. Vedi Aloe in Domat, *tom. 1, lib. 1, tit. 2, sez. 12, nota 21;* e Bruni, *tomo. IV.*

Della facoltà di ricompra per dritto francese e vigente. Termine nel quale può essere convenuta la ricompra. Natura di questo dritto. Da chi e contro di chi può essere esercitato. Suoi effetti.

§. 28. Le nuove leggi di accordo han rimosso il ritratto legale come quello che tendeva ad inceppare la libertà delle contrattazioni sociali, ma non hanno potuto non ammettere il ritratto convenzionale, perchè sarebbe stato ingiusto di privare il cittadino, ed un padre di famiglia infelice della risorsa di poter vendere per procurarsi un soccorso, senza perdere intanto la speranza di rientrare nel godimento della sua proprietà.

La facoltà di ricomprare, secondo lo spirito delle nuove leggi, può difinirsi per *una condizione apposta al contratto di vendita, in forza della quale il venditore si riserba di riprendere la cosa venduta e di risolvere per l' avvenire il contratto, restituendo al compratore tutto ciò ch' egli avrà speso per causa della vendita;* art. 1505 (-1659-) (1).

(1) Il patto di ricompra è una condizione risolutiva

Il patto di ricompra però non può oggidì stipularsi per un tempo maggiore di anni cinque, essendosi riconosciuto che un più lungo termine produrrebbe un' incertezza sempre nociva all' agricoltura ed al commercio; e questo termine, ch'è perentorio ed improrogabile, non solo decorre contro qualunque persona ancorchè minore di età, ma appena scorso, rende il compratore proprietario irrevocabile di pieno dritto senza bisogno di ottenere una sentenza dal magistrato, come era stabilito dalle antiche leggi; art. 1506 a 1509 (-1660 *a* 1663-).

Si è molto disputato nell' antico foro sulla natura del ritratto convenzionale; ma, come osserva Pothier, trattato *della vendita*, *n.* 387, il dritto di ricompra è un credito dello stesso fondo, che nasce dall' obbligazione contratta dal compratore di soffrirne il riscatto in forza del patto, all' esecuzione del quale il podere rimane affetto; esso è propriamente un *ius ad rem* trasmessibile agli eredi, a' termini della legge 2 *cod. de pact. inter emptor. et venditor. composit.*, e come osserva altrove lo stesso Pothier, *n.* 395, è un'azione personale e reale, poichè il venditore, avendo non altrimenti alienato il fondo che colla condizione del riscatto, l'alienazione istessa l' ha assoggettato all' esecuzione di tale clausola.

---

sui generis; perchè l' effetto di un tale patto non è quello di restringere le cose nello stato in cui erano pria del contratto, come avviene quando la vendita si risolve dietro qualche azione rescissoria o redibitoria: ma la ricompra scioglie il contratto solamente rispetto all' avvenire, lasciandolo sussistere in quanto al passato, per cui non impedisce l' acquirente dal ritenere ciò che è proceduto dalla cosa venduta, nè ciò che vi han ceduto nel tempo che è durato il contratto, come osserveremo più appresso. Vedi Pothier, trattato *della vendita*, *n.* 402, 429 *e* 430.

Digitized by Google

Da questo principio risulta 1. che non solo il venditore ma anche i suoi eredi possono esercitare il dritto di ricompra. 2. Che può cederlo anche ad altri, perchè non è un dritto meramente personale, ma fa parte de' suoi beni di cui egli può interamente disporre, meno che non siasi altrimenti convenuto. Vedi Fachineo *controversia 12.* 3. Che, in fine, essendo un'azione personale e reale, o sia *in rem scripta*, può esercitarsi contro qualunque acquirente, quando anche nel contratto di quest' ultimo non si fosse fatto menzione del dritto di ricompra; art. 1510 (-1664-).

Circa il modo come esercitarsi il dritto di ricompra, possono verificarsi differenti casi che la legge dovea opportunamente provvedere. Così 1. se il compratore di una parte indivisa di un fondo col patto di ricompra, per effetto di una vendita all' incanto domandata contro di lui, è divenuto aggiudicatario del fondo intero, in tal caso può obbligare il venditore a ricomprare tutto il fondo, quando esso voglia far uso del patto. Ma se l' incanto fosse stato procurato dall' istesso compratore, ei non potrebbe godere di un tal beneficio, perchè non potrebbe col fatto suo rendere più grave la condizione del venditore; art. 1513 (-1667-). Vedi Maleville sull' articolo citato.

2. Se più persone avesssero venduto unitamente o con un solo contratto il fondo comune, o se colui che solo ha venduto il fondo avesse lasciato più eredi, ognuno de' venditori nel primo caso, ed ognuno degli eredi nel secondo, può far uso della facoltà di ricompra per la sola parte che gli spetta sul fondo venduto, ma il compratore può in ambi i casi convenire in giudizio tutti i venditori o tutti i coeredi per concordare tra essi per la ricompra del fondo intero, dovendo essere assoluto dalla domanda nel caso

di discordia ; art. 1514 , 1515 e 1516 (-1668 , 1669 *e* 1670-).

3. Se diversi proprietarii vendono separatamente ciascuno la parte che vi rappresenta su di un fondo comune, ciascuno separatamente per la sua parte può esercitare il patto di ricompra , senza poter essere astretto a ricomprarlo per intero ; art. 1517 (-1671-).

4. In fine, se il compratore abbia lasciato più eredi, il dritto di ricompra può esercitarsi solo contro ciascuno per la sua parte, tanto se il fondo venduto sia ancora indiviso , quanto se gli eredi l'abbiano diviso fra di loro.

Ma se l'eredità si è divisa e la cosa venduta sia caduta interamente nella porzione di uno degli eredi , l'azione di ricompra si può intentare contro di lui per l'intero ; art. 1518 (-1672-).

Dopo definito il ritratto convenzionale e determinata la natura del dritto di ricompra , non fia difficile conoscere i rispettivi dritti ed obblighi del compratore e del venditore , durante la vendita, non che gli effetti che risultano dalla ricompra verificata.

In vero , essendo la facoltà di ricompra una condizione risolutiva per il tratto avvenire , lasciando però sussistere interamente il contratto riguardo al passato , è evidente che il compratore sia un vero proprietario del fondo finchè la condizione non si verifica, ed in conseguenza egli non solo può prescrivere tanto contro il vero padrone , quanto contro coloro che pretendessero di avere ragioni sulla cosa venduta , ma può eziandio opporre il beneficio della discussione a' creditori del suo venditore ; art. 1511 e 1512 (-1665 *e* 1666-).

Gli altri dritti del compratore , dipendenti sempre dallo stesso principio d'aver egli una proprietà

risolubile, finchè non si verifica la condizione della ricompra, sono 1. ch'egli è tenuto a tutti i deterioramenti cagionati per sua causa. 2. Profitta dell' aumento naturale provegnente da un alluvione dopo il contratto; *l. 10 ff. de reg. iur.*; e Fachineo, *controversia 2.* 3. Profitta del terzo di un tesoro che altri avesse scoverto nel fondo venduto nella qualità di proprietario. 4. Dev' essere rimborsato del prezzo, pel quale è stato venduto il fondo, senza esigere però interessi che restano compensati co' frutti percepiti durante la vendita. 5. Dev'essere rimborsato delle spese necessarie, a riserva di quelle di semplice manutenzione; in quanto poi alle spese utili non necessarie, dev'essere rimborsato in proporzione del miglioramento cagionato al fondo; in fine, per le spese voluttuose non ha dritto a rimborso, ma può trasportarle via, quantevolte siano separabili dal fondo. Vedi Pothier, trattato *della vendita*, *n. 400 a 427*; Delvincourt, *tomo 8, tit. 2, nota 124;* ed in ultimo la legge *38 ff. de rei vindicat.*

Finalmente, il dritto del venditore dopo verificata la ricompra consiste in ciò, ch'egli riprende il fondo esente da tutti i pesi e delle ipoteche, di cui il compratore ha potuto gravarlo; ma è obbligato a mantenere gli affitti fatti senza frode che siano comprovati da titoli autentici, o da scriture private di data certa; art. 1519 (- 1673 -) (1).

---

(1) Tutti i dritti del venditore all' epoca della vendita risorgono nel momento in cui si verifica la ricompra, poichè egli non fa che rientrare nel possesso del fondo venduto, senz' acquistarlo di nuovo, essendo la ricompra più tosto una cessazione dell' alienazione che avea fatta, che una nuova compra; art. 1505 (- 1659 -).

Sarebbe però ben altrimenti, se la clausola di ricompra si fosse pattuita in un contratto posteriore alla vendita, o come dicevasi presso i romani *ex intervallo*, poichè

Sezione II.

Dalla rescissione della vendita per causa di lesione.

Disposizioni del dritto romano relativamente alla rescissione per causa di lesione.

§. 29. Ne' tempi floridi della repubblica indubitatamente non si conosceva in Roma l'azione rescissoria per causa di lesione, sia perchè si fosse allora riflettuto che il valore delle cose, variando da un momento all'altro, ed essendo sempre relativo alla situazione ed alla convenienza di coloro che comprano e vendono, era impossibile di avere una misura fissa e comune de' prezzi delle cose, sia perchè non si credè dover mettere gli uomini nel caso d'insorgere contro il proprio fatto. In vero, colla legge *16, ff. de minorib.*, il giureconsulto Pomponio dice: *in praetio emptionis et venditionis, naturaliter licere contrahentibus se circumvenire;* ed il giureconsulto Paolo colla legge *22, ff. eod.*, consagra: *in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, et invicem se circumscribere.*

In questo istesso senso Seneca, *de benef. 6. 51*, dice: *quid interest quanti sit res cum de praetio inter ementem et vendentem convenient? Praetium cuiusque rei pro tempore est, cum bene*

---

in tal caso la ricompra è una vera rivendita, ed il primo venditore dee sopportare tutti i pesi, di cui il fondo si trovasse gravato pria dell'epoca nella quale gli è stata accordata la facoltà di ricomprare. Vedi Domat, *lib. 1, tit. 2, §. 12, n. 8.*

ista laudaveris tanti sunt, quanto pluris venire non possunt; perchè ritenevasi allora in Roma il principio, che la convenzione esser dovesse l'unica legge delle parti in quanto alla determinazione de' prezzi, essendo il più sacro e l' unico garante del di loro desiderio e de' loro bisogni scambievoli.

Ma non appena i costumi si alterarono, non appena gli abusi si manifestarono nello stato già corrotto, bisognò che si fosse pensato a reprimerli; per lo che si è pubblicata la legge *2 cod. de rescind. vendit.*, di cui, comunque ne sia ignoto l' autore, è stato non per tanto inscrita nella compilazione giustinianea e costantemente rispettata da tutti gli Stati della culta europa.

Secondo lo spirito di quella legge e di altre riportate nel codice sotto il titolo *de rescind. vend.*, questo beneficio non competea che nella sola vendita degli stabili; non era ammessibile se non quando il prezzo fosse minore della metà del giusto valore, avuto riguardo al tempo della vendita; *ll.* 2, 8 *e 44 cod. de rescind. vendit.;* non avea luogo nella vendita di una eredità e de' dritti successorii, come nè pure nelle vendite fatte per via di transazione; *l. 2 e 4 ff. de hered.vel action. vendit.;* e *65 ff. de condit. indeb.;* non avea luogo che in favore del solo venditore, *quia paenes emptorem invidia, et paenes venditorem inopia*, come si esprime Cuiacio *in parat. cod. de rescind. vendit.* (1). In fine, verificandosi la lesione in seguito

(1) Quistionavasi acremente fra gl' interpetri del dritto romano, se il beneficio della rescissione competer potesse anche al compratore in caso di lesione.

Cuiacio sostenne la negativa, Duareno l' affermativa, ed ambedue ebbero immenso numero di seguaci. In Francia la giurisprudenza de' tribunali seguiva l' opinone di Cu-

della stima, il compratore avea la scelta o di restituire la cosa o di supplire il prezzo. *L. 2 cod. de rescind. vendit.*

Dell' azione rescissoria per causa di lesione secondo le leggi del regno pria del 1809.

§. 30. Distinguevano i dottori nel nostro foro la lesione enorme dall'enormissima. La prima avea luogo, quando il prezzo della cosa venduta fosse minore della metà; la seconda, quando il prezzo fosse minore del doppio.

La lesione enormissima rendeva nullo il contratto, perchè si considerava che il venditore non avesse mai prestato il consenso alla vendita, per cui il compratore dovea restituire la cosa unitamente a' frutti dal dì del contratto.

La lesione enorme, per l' opposto, dava solamente dritto a rescissione, ed il compratore avea la scelta o di restituire la cosa o di pagare il supplimento del prezzo.

In fine, la rescissione per causa di lesione non competeva solamente al venditore, ma anche al compratore. Vedi de Rosa, *pratica civile, cap.* 12; de Marinis, *resolut. iur., lib.* 1; Ugon Donello, *commentario alla legge 2 cod. de rescind. vendit., n.* 50, 52 *e* 53.

Dell' azione rescissoria per causa di lesione per dritto francese e vigente. Quale n' è la sua natura? Per quali cose ed in quali casi è ammessibile? In che modo e contro chi può esser intentata? Quali ne sono gli effetti?

§. 31. A' tempi della rivoluzione, l'azione per causa di lesione oltre la metà era stata abolita in

---

iacio, ma presso di noi, comunque fosse incerta, prevaleva non di rado l'opinione di Duareno, sostenuta da Gifanio colla citata legge, *cod. de rescind. vendit.*

Francia, ove le massime di Pomponio e di Paolo aveano acquistato nuova forza per le dottrine di alcuni dottori alemanni, de' quali altri attaccarono il principio dell' azione rescissoria, come contrario alla buona fede che deve ispirare la santità de' contratti, ed altri, rispettando la bontà del principio, dimostravano di non potersi realizzare in pratica senza trascinare rischi ed abusi di ogni sorta (1).

---

(1) Gli autori, che attaccavano l'azione rescissoria per causa di lesione, pretendevano che il contratto fa tutto; che gli uomini esser non devono ammessi a risorgere contro il fatto proprio; che il valore delle cose varia da un momento all' altro; che questo sovente è relativo alla situazione ed alla convenienza delle persone che comprano e vendono; ch' è impossibile di avere una misura fissa e comune; che sarebbe in conseguenza irragionevole supporre e cercare un giusto prezzo diverso da quello convenuto fra i contraenti. Per questi motivi colla legge del 14 Fruttidoro, *anno* III, l'azione di rescissione per causa di lesione era stata abolita; ma il Consiglio di Stato ed in seguito il tribunato, considerando che, se non tutti i venditori, molti almeno vendono pressati dal bisogno di cui si può facilmente abusare; che il principio di umanità sanzionato dalla legge 2, *cod. de rescind. vend.*, restava impresso in tutti i cuori; che se il prezzo è l' equivalente del valore della cosa che si vende, non può l' azione di rescissione per causa di lesione non esser ammessa, quando la cupidigia da una parte e la necessità dall' altra diventano la sola bilancia de' patti e delle convenzioni stabilite tra le parti che trattano insieme; che, in fine, l'azione rescissoria non potea ispirare timori per l'incertezza della proprietà, giacchè non si anderebbe ad ammettere che nelle sole vendite degli stabili; non si anderebbe a pronunziare se non dietro l' estimazione degli esperti; non si sarebbe accolta al di là di due anni dal dì del contratto; ed, in fine, non si sarebbe mai applicata nè alle vendite giudiziali, nè alle vendite de' beni mobili. Vedi i discorsi del consigliere Portalis, e de' tribuni Favre e Grenier, *esposizione de' motivi*, n. 70, 71 e 72.

Ma all' epoca della discussione de' codici, l' eloquentissimo consigliere Portalis alla seduta del 7 Ventoso, *anno* XII, confutando tutti gli argomenti, su cui sostenevasi la contraria opinione, dimostrò che se il prezzo convenzionale è l' opera delle volontà private, il prezzo giusto è la conseguenza dell' opinione comune; che le leggi, le quali presuppongono l' esistenza di un prezzo giusto indipendente dal convenzionale, debbono garentire il primo, quando la cupidigia da una parte e la necessità dall' altra diventano la sola bilancia de' patti e delle convenzioni; che, in fine, la lesione è una ingiustizia inconciliabile co' principii di equità e di reciprocanza ch' esser debbono l'anima di tutti i contratti.

Per queste ragioni è stata ammessa da' novelli codici l' azione rescissoria per causa di lesione, di cui ne analizzeremo brevemente la natura; vedremo per quali cose ed in quali casi questa azione sia ammessa; in che modo e contro chi possa essere intentata; finalmente, quali ne sieno i suoi effetti.

L' azione rescissoria per causa di lesione può definirsi per *un beneficio di legge che si accorda al venditore di poter chiedere la risoluzione del contratto di vendita, quantevolte il prezzo convenuto non corrisponda alla metà del giusto prezzo, secondo le leggi vigenti, o a' sette dodicesimi del prezzo reale, secondo il dritto francese;* art. 1520 (-1674-).

Quest' azione va nella classe delle azioni personali, poichè nasce dal contratto; ma essa è eziandio in *rem scripta*, poichè siegue la cosa nelle mani di qualunque detentore. In conseguenza, quando l' azione rescissoria per causa di lesione si promuove contro il compratore, dev'essere portata alla cognizione del giudice del domicilio; quando poi

si promuove contro il terzo detentore, come azione mista, può essere intentata o davanti al giudice del domicilio o davanti a quello della cosa litigiosa; art. 101 a 103 leg. di proc. civ. Vedi Pothier, trattato *della vendita, n.* 331; e Delvincourt, *tomo 8, tit. 2, nota 101 e 152.*

Le nuove leggi di accordo dispongono, che quest' azione non compete al compratore, essendosi riflettuto che i motivi di equità, pe' quali si è ammessa in favore del venditore, non militano per lui, sì perchè niuno è nell' obbligo di acquistare, sì perchè ciascuno si presume nell' agio quando acquista (1). Non è ammessa nelle cose mobili, poichè ciò poteva apportare molti ostacoli alla circolazione del commercio e discussioni troppo arbitrarie per sapere se l' oggetto fosse più o meno prezioso.

Finalmente, non si è ammessa nelle vendite che per legge debbono farsi coll' autorità giudiziale, perchè quando la giustizia interviene per gli uomini, allontana ogni sospetto di frode e di sorpresa, e garentisce la più grande sicurezza; art. 1520, 1529 e 1530 (-1674, 1683 *e* 1684-).

In ogni caso però la rinunzia al dritto di rescissione per causa di lesione non sarà mai opera-

---

(1) Queste ragioni, allegate da Favre, da Portalis e da Grenier, sembrano poco fondate, poichè, se l'eguaglianza è inerente alla sostanza de' contratti commutativi, l' iniquità risultante da un' enorme lesione dovrebbe essere corretta per que' principii di equità, che devono dominare in tutti i contratti sinallagmatici di buona fede, e vi è sempre imperfezione nel consenso dalla parte del compratore, il quale non ha inteso di dare ciò che diede per prezzo della vendita se non nella supposizione di ricevere un equivalente a quel che ha dato. Questo è il ragionamento di Molineo e di Pothier, da' principii de' quali non sappiamo come siansi questa volta allontanati i compilatori del codice.

tiva, anche sotto il pretesto di farsi dono all' aquirente del di più del valore, essendosi riflettuto che un tal patto sarebbe contrario a'buoni costumi, ed ammentendosi, la legge non avrebbe somministrato che un soccorso impotente ed illusorio all' infelice ed all' oppresso, poichè ogni acquirente avrebbe esatto la clausola di rinunzia nel contratto di vendita; art. 1520 (-1674-). Vedi il discorso del consigliere Portalis, *motivi del codice, n. 70, pag. 104* (1).

Poichè l' azione rescissoria per causa di lesione è un' azione personale *in rem scripta*, è evidente ch' essa può esercitarsi contro un secondo ed un terzo acquirente; ma in ogni caso, perchè potesse essere ammessa in giudizio, è necessario 1. che la domanda sia intimata entro due anni dal dì della vendita, il quale termine è perentorio ed improrogabile; 2. che la pruova della lesione debba farsi dal venditore che l' allega, ma il tribunale non può ammetterla se non quando i fatti articolati fossero bastantemente verisimili e gravi per far presumere la lesione; 3. che ammettendosi la domanda, il tri-

(1) Per dritto romano era controverso, se l' azione di rescissione per causa di lesione poteva intentarsi da chi non ignorava il giusto valore della cosa venduta, e se a questo rimedio potesse rinunziarsi espressamente. Vinnio, *quistioni scelte*, *lib.* 1, *cap.* 56, e Voet sulla legge 2, *cod. de rescind. vendit.*, sostengono che nel primo caso non compete l' azione di rescissione, e che nel secondo la rinunzia è valida, molto più quando il venditore dichiarasse d' aver donato quanto potesse emergere al di sotto o al di sopra del giusto prezzo, a' termini della legge 38 *ff. de contrah. empt.* Ubero però co'le prelezioni alla legge citata, Pinello e Pothier sostengono la contraria teoria, ch' è stata adottata da' compilatori del codice. Vedi Pothier, trattato *della vendita*, *n.* 352 *a* 354.

*

bunale deve ordinare una perizia per mezzo di tre periti nominati *ex officio*, in mancanza di nomina fatta di accordo tra le parti, i quali son tenuti di stendere un solo processo verbale comune e di formare un solo giudizio a pluralità di voti, esprimendo i motivi di disparere, se ve ne sieno, senza far conoscere l' opinione singolare di ciascun perito; 4. che la perizia deve contenere la stima dell' immobile secondo il suo stato e valore al tempo della vendita; 5. che, in fine, l'azione rescissoria per causa di lesione è divisibile, com' è divisibile il fondo su cui si esercita, ed in conseguenza per l'esperimento di tali azioni, quando vi siano più venditori, o il compratore abbia lasciato più eredi, debbonsi osservare le regole da noi esposte col §. 28, relativo all'esercizio dell' azione di ricompra.

In quanto agli effetti dell'azione rescissoria per causa di lesione, le nuove leggi di accordo dispongono 1. che il compratore, non meno che il suo avente causa, abbia la scelta o di restituire la cosa ritirando il prezzo pagato, o di ritenerla pagando il supplimento del giusto prezzo; salvo a colui che ha causa dal compratore il regresso contro il medesimo pe' danni ed interessi; 2. che se il compratore sceglie di ritener la cosa, dee non solo il supplimento del prezzo, ma anche gl' interessi di tal supplimento dal giorno della domanda giudiziaria; se poi preferisce di restituirla e di ritirarne il prezzo, egli deve i frutti dal giorno della domanda da compensarsi coll' interesse del prezzo che gli ha pagato.

CAPITOLO VII.

Dell' incanto.

Dell'incanto, o sia della vendita mediante licitazione per dritto romano.

§. 32. Allorchè più coeredi o più comproprietarii possedevano qualche cosa *pro indiviso*, incapace a ripartirsi tra essi comodamente, come una casa; o indivisibile affatto, come un ufficio di giudicatura, esponevasi a vendita sia tra i condividenti, sia ammettendo anche gli estranei, e questa specie di vendita chiamavasi licitazione.

Noi abbiamo taluni esempii di siffatte licitazioni nelle leggi 38 *ff. de iure dotium*; 13 *ff. de act. empt. et vend.*; e 7 *ff. commun. divid.*

Non è poi da confondere questa specie di vendita con quella che ordinava il magistrato ne' tre giudizii divisorii, *communi dividundo*, *familiae ercisiundae*, *finium regundorum*, nè colle vendite all' incanto che ordinava il magistrato istesso, allorchè trattavasi dell'alienazione de' beni de' minori, e di cui parlano le leggi sotto i titoli *de rebus auctoritate iudicis possidendis*, *de reb. eor. qui sub. tutel.*, *de prædiis et aliis rebus minorum*, poichè le vendite di cui qui parliamo dipendevano dalla volontà libera de' coeredi e dei comproprietarii, mentre quelle, di cui è oggetto nelle leggi citate, venivano ordinate dall' autorità del giudice indipendentemente dalla volontà delle parti. Allorchè uno de' coeredi o comproprietarii, tra i quali si facea la licitazione, rimaneva aggiudicatario, il contratto si assimilava più tosto alla divisione, che alla vendita, per la qual cosa i collicitanti, non dovendosi considerare come venditori della loro quota, non erano tenuti alla garentia

cui era obbligato il venditore, ma a quella a cui era tenuto il condividente. Vedi Pothier, trattato *della vendita*, *n.* 637 *a* 642.

Dell'incanto, o sia della vendita mediante licitazione per dritto francese e vigente.

§. 33. Le nuove leggi anche riconoscono le vendite per mezzo di licitazione che si fanno davanti ad un notaio tra coeredi o comproprietarii; art. 746 *e* 1532 (- 827 *e* 1686 -). Quando alcuno di essi non avesse mezzi di offrire all' incanto, può domandare che siano ammessi all' offerta anche gli estranei; ma se tra i comproprietarii o coeredi vi sia un minore, gli estranei debbono esservi ammessi indispensabilmente, e la licitazione dee farsi innanzi ad un giudice, previa una perizia, per conoscersi se il fondo potesse senza detrimento dividersi; art. 758 e 1533 (- 839 *e* 1687 -).

Se l' aggiudicatario sarà un estraneo, egli è considerato come un vero compratore, ed i comproprietarii o coeredi saranno tenuti a tutti gli obblighi del venditore a suo riguardo; se poi diverrà aggiudicatario uno de' comproprietarii o coeredi, in tal caso la licitazione si considera come una specie di divisione, come si è detto per dritto romano (1).

---

(1) La licitazione può essere volontaria o forzosa. Ha luogo la prima, quando i comproprietarii acconsentono acciò che sia esposto in vendita l' oggetto che non potrebbe essere diviso, senza una grande diminuzione del suo valore, per distribuirsene il prezzo tra essi.

Ha luogo la seconda, quando viene domandato da un solo de' comproprietarii in contraddizione degli altri, perchè il mantenimento della tranquillità pubblica esige che la legge assicuri la distinzione delle proprietà: donde la regola che stabilisce niuno potersi obbligare a rimanere in comunione, suo malgrado.

CAPITOLO VIII.

Di alcune specie particolari di contratti di vendita.

Nozioni preliminari.

§. 34. Indipendentemente dalle regole generali da noi esposte co' precedenti capitoli, vi ha talune specie particolari di vendita soggette a regole che ne sono proprie, e che noi esporremo col presente capitolo. Tali sono quelle che riflettono la vendita de' dritti incorporali, sieno personali, sieno reali, sieno misti; tali sono ancora le vendite fatte mediante licitazione, di cui si è parlato col capitolo precedente, non che le vendite forzate e le vendite giudiziali. Quindi, il presente capitolo sarà diviso in sei sezioni, cioè 1. della vendita de' dritti incorporali personali; 2. della vendita de' dritti reali; 3. della vendita de' dritti misti; 4. delle vendite de' dritti litigiosi; 5 delle vendite giudiziali; 6. delle vendite forzate.

Nel primo caso, se l' aggiudicatario sarà uno de' comproprietarii, la licitazione si considera come una vera divisione, mentre se l' aggiudicatario è un estraneo, è riputato come vero compratore e soggetto a tutti gli obblighi che l' accompagnano in tal qualità; ma nella licitazione della seconda specie, chiunque egli fosse, si considera sempre come un compratore, perchè, mancando il consenso di tutti i comproprietarii, la licitazione non ha altro scopo, nè altro effetto, che di trasferire dritti di esclusivo dominio all' aggiudicatario che compra, per distribuire il prezzo tra tutti i condividenti, anche loro malgrado. Le nuove leggi in questo capitolo non si occupano che della licitazione della prima specie, mentre le licitazioni forzate formano oggetto degli articoli 2105 e seguenti.

Sezione I.

Della vendita de' dritti incorporali personali.

Disposizione del dritto romano sul proposito.

§. 35. Per antico dritto romano i crediti non erano alienabili, perchè, secondo il rigore del dritto, le azioni personali sono trasmessibili agli eredi, ma non comunicabili ad un terzo senza il fatto del debitore, o, come si esprime Paolo colla legge 11, *ff. de except. rei iudicat., personae cohærent et ad alios non transeunt.*

Ma si vide ben presto, che questo rigor di dritto recava non poco pregiudizio alle contrattazioni sociali; per lo che a renderlo elusorio i giureconsulti immagginarono di trasferire al compratore un credito od un dritto incorporale mediante un mandato, in forza del quale, sebbene in nome del mandante ma a suo rischio e per suo conto come procuratore *in rem suam*, il compratore esigeva il credito o il dritto incorporale cedutogli.

Per mezzo di questa finzione poteansi cedere tutte le azioni, siano reali, siano personali, siano pure, siano condizionali, siano certe, siano incerte. Vedi gl'interi titoli del digesto e del codice, *de heridital. vel act. vendit.* Ma il creditore potea esigere sempre il credito, malgrado la cessione fatta, fino a che non fosse stata al debitore denunziata la cessione. *LL.* 3 *cod. de novat., ed ult. ff. de leg. commis.*

La cessione di un credito poi comprendeva gli accessorii, come sarebbero i pegni, le sicurtà, ma non i privilegii personali: e considerandosi il cedente come un vero venditore, era tenuto a garentire la sussistenza del dritto ceduto, non mai la solvibilità

del debitore o la esigibilità del credito, meno che non si fosse ciò espressamente convenuto. *LL.* 1 *e* 4 *ff. de heredit. vel act. vendit.; e* 74 *ff. de evict.*

Della cessione de' dritti personali incorporali per dritto francese e vigente.

§. 36. Le nuove leggi, rimosse le sottigliezze dell' antico dritto romano, riconoscono la vendita e la cessione de' dritti incorporali nel dritto di dominio che appartiene al proprietario, il quale non può altrimenti goderne che con alienarli e metterli in commercio.

In fatti, questa specie di beni, disse Portalis, *esposizione de' motivi, n.* 70, è creata dall'uomo, è l' opera delle nostre mani, trovasi nel commercio al pari degli altri beni, ed in conseguenza è suscettibile di essere venduta e trasferita.

La cessione tra il cedente ed il cessionario si esegue con la sola consegnazione del titolo, come si pratica di tutte le cose mobili; art. 1535 (-1689-); ma essa non è operativa a danno de' terzi se non quando sia stata denunziata al debitore, o quando il debitore l'abbia accettata con atto autentico; art. 1536 (-1690-). Fino a questo punto il cedente non è già che sia padrone del creditore di cui ha trasferito ad altri il dominio e la proprietà, perche chi vende una volta, non può più disporre del dritto venduto, ma l'ignoranza della cessione giova al debitore, il quale, pagando al cedente o a' suoi aventi causa, sarebbe validamente liberato; art. 1537 (-1691-) (1).

(1) La disposizione di quest' articolo ha dato luogo a frequenti dispute nel foro, sostenendosi da non pochi, che il creditore, malgrado la cessione del credito, potesse convenire in giudizio il debitore pel pagamento, e che il ma-

La cessione di un credito (1) per disposizione delle nuove leggi comprende anche le accessioni, come

---

gistrato dovesse condannarlo, non ostante che costui opponga la cessione fatta da altri.

Noi ci occuperemo di tal quistione di proposito nel dritto controverso, ma intanto per ora osserviamo a' tironi, che chi vende, chi cede un dritto qualunque, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, non è più padrone del dritto ceduto, nè può in conseguenza competergli azione per l'esperimento di un dritto che più non gli appartiene.

Invano si opporrà che non essendo stato denunziato il titolo al debitore, non abbia potuto conferire dritti al cessionario. Questa eccezione è smentita dall'articolo 1536 leggi civili, il quale prescrive che rispettivamente a' terzi il dritto del cessionario incomincia dal dì che la cessione si è denunziata al debitore, ma non dice che la denunzia sia necessaria per rendere valida ed efficace la cessione rispetto al cedente, giacchè la sola consegna del titolo di credito basta per render efficace la cessione de' dritti personali tra il cedente ed il cessionario.

Oltre a ciò, la legge coll' articolo 1537 prescrive, che se prima che il cessionario denunziasse al debitore la cessione, costui avesse pagato al cedente, sarà egli validamente liberato. Con quest'articolo dunque si stabilisce, che il debitore può validamente pagare pria di denunziarglisi la cessione, perchè si presume ch' ei l' ignorasse, ma non si sanziona che debba pagare, ancorchè gli fosse nota la cessione seguita, potendo egli sempre esporre la carenza di dritto al cedente che volesse astringerlo al pagamento che non gli è più dovuto. Se fosse altrimenti, si ammetterebbe l'assurdo, che potesse competere azione a colui che non ha più dritto, e che un istesso debito potesse esigersi e dal cedente che lo ha venduto, e dal cessionario che lo ha acquistato, obbligandosi il debitore a pagare due volte. Vedi Delvincourt, *tomo* 8, *pag.* 31, e gli autori del commentario sulle leggi civili, art. 1536 e 1537.

(1) Uopo è distinguere la cessione, di cui ora qui parliamo, e che Pothier chiama *traslazione-cessione*, dalla *traslazione di semplice delegazione* o *indicazione*, di cui abbiamo ragionato col tomo IV, *lez. prima*, §. 64. La cessione,

i privilegii, le ipoteche ec; ma il creditore cedente non è tenuto che alla sola garentia di dritto, che si limita alla esistenza del credito venduto, non mai alla garentia di fatto, o sia alla solvibilità del debitore, meno che non siasi a ciò espressamente obbligato; art. 1539 (-1693-) (1). Che anzi se il cedente ha semplicemente promesso la garentia per la solvibilità del debitore, questa si limita alla solvibilità attuale, e non alla futura; art. 1540 e 1541 (-1694 *e* 1695-).

---

di cui ora trattiamo, contiene una vera vendita del debito, ed in conseguenza l'insolvibilità del debitore ricade sul cessionario, a cui è stato venduto, meno che costui non si abbia fatto garentire l'insolvibilità con una clausola particolare.

Per l'opposto, la traslazione di semplice delegazione o indicazione non contiene una vendita, ma sibbene un mandato al mio creditore per esigere da uno de' miei debitori ciò che mi dee, e per essere da lui ricevuto in deduzione del mio debito. In tal caso, la proprietà del credito da me delegato è sempre mia, nè io posso esserne privato se non quando, nel delegare al mio creditore uno de' miei debitori, acconsentissi che quest'ultimo si obbligasse direttamente verso del mio creditore, liberandolo di ciò che mi deve.

Così, la semplice cessione, di cui qui ragioniamo, è una vendita, mentre la cessione per indicazione non è che un mandato, e la cessione per delegazione è una vera novazione, come abbiamo osservato col tomo IV, *luogo sopra citato*. Vedi Pothier, trattato *della vendita*, *n.* 551.

(1) La garentia di dritto appellasi manutenzione del credito vero; la garentia di fatto poi si appella manutenzione del credito buono.

La prima è essenziale al contratto, poichè si presume sempre che l'acquirente non avrebbe mai acquistato il credito, se non fosse sicuro della sua esistenza; ma la seconda non si presume giammai, quando non sia stata espressamente stipulata.

Questi erano anche i principii del dritto romano, come è da vedersi nella legge *4 e 5 ff. de empt. vendit.*

Sezione II.

Della vendita o cessione de' dritti incorporali reali.

Della vendita o cessione de' dritti incorporali reali per dritto romano.

§. 37. Comunque il dominio considerato come un dritto per sottigliezzà de' romani giureconsulti fosse indivisibile, tuttavolta in quanto agli effetti, *quod iuris effectus*, o sia in quanto al suo godimento, poteva ben dividersi dalla proprietà, e quindi alienarsi in parte o in tutto dal proprietario. Ecco perchè nel dritto romano sotto i titoli del digesto e del codice *de haered. vel action. vend.*, *de pubblic. iudic.*, *de novat.*, *de procur.*, *de transact.*, *de obligat. et action.*, *de evict.*, *de compensat.* ec., troviamo permessa la vendita, o la cessione dell' usufrutto tanto dal proprietario in favore di un estraneo, quanto dall' usufruttuario in favore del proprietario istesso, o pure di un terzo.

Nel primo caso, il proprietario non vende se non i dritti che aveva di percepire i frutti della cosa, e ch'ei separava dal dritto di proprietà trasferendolo al compratore o cessionario, il quale acquista il *ius fruendi re aliena*, perchè, essendo suscettibile di contrattazione tutto ciò che reca utile e vantaggio all' uomo e che tende ad accrescere i suoi piaceri, il godimento della cosa può essere commerciabile, come la cosa istessa di cui n' è la conseguenza.

Nel secondo caso, il proprietario, acquistando l' usufrutto, di cui n' era privo, consideravasi come se avesse liberato il fondo della servitù di usufrutto, di cui era affetto, riacquistando la proprietà intera o sia il godimento che momentaneamente mancavagli.

In fine, nel terzo caso, l'usufruttuario non intendeva di vendere il dritto in sè stesso, ch'essendo meramente personale, *personae cohœret et ad alios non transit*, ma intendeva di vendere solamente l'emolumento che potea produrre i dritti che continuava a sussisstere in lui, e che si estingueva colla morte dell' usufruttuario, mentre, durante la vita dell'usufruttuario medesimo, l'acquirente poteva esigere le rendite nella qualità di suo mandatario. Ciò non portanto l' usufruttuario, malgrado la vendita dell' emolumento del suo dritto di usufrutto, non restava esonerato dall' obbligo contratto col proprietario di fare salva la cosa soggetta ad usufrutto, come risulta dalle leggi 35, 36, 37, 47 e 60 *de usufruct. et guemad. quis utat.*; 26 *e* 58 *ff. de usufruct.*; 16 *e* 62 *ff. de rei vindicat.*; *ed* 8 *ff. de ann. legat.*

L' istesso avea luogo per la vendita o cessione delle rendite, di cui era autorizzata l'alienazione, come rileviamo dalla legge 77 *ff. de ann. legat.*, poichè il padrone che avea il dritto di percepire i frutti della roba propria, poteva per effetto del dominio trasferire in altri per via di contratti o tutta o parte delle sue facoltà.

In queste specie di vendite la garentia di dritto era sempre dovuta; la garentia di fatto poi era dovuta soltanto quando si era stipulata, e poteva per effetto della stipulazione ora accrescersi ed ora diminuirsi. *LL.* 4 *ff. de haered. vendit.*; 74 *ff. de evict.*; 32 *ff. de usu et usufruct. et red. legat.*; 8 *ff. de ann. legat.*; 33, 34 *e* 35 *ff. de pecul.*

Della vendita o cessione de'dritti incorporali reali per dritto del regno pria del 1809.

§. 38. Il dritto patrio pria del 1809 seguiva le disposizioni del dritto romano sul proposito, se

non che meritano particolare attenzione le norme dettate dalla bolla di Nicola V, confermate da Alfonso I d'Aragona colla prammatica 1 *de censibus,* tanto celebrata nel nostro antico foro.

Allorchè il proprietario di un fondo vendeva ad altri la proprietà, riserbandosi il solo dritto di esigere un' annua pensione dal compratore, il dritto riservato chiamavasi censo riservativo, ed il contratto fondava sulla legge 81 *ff. de contrah. empt.*, §. 1; allorchè poi il proprietario vendeva ad altri tutta o parte della rendita di un fondo, ritenendosi per sè il possesso col peso dell' annua pensione, il dritto trasferito al compratore prendeva il nome di censo consegnativo.

Questa specie di contratti fu vietata da' primi romani pontefici, ma introdotta in germania nel principio del secolo XV, fu approvata da Martino V e Callisto II, *extravag. 1 e 2, de empt. et vendit.*, e non appena Alfonso I d'Aragona s' impadronì del nostro regno, ebbe cura di farla approvare da Nicolò V con una costituzione pontificia inserita nella prammatica 1 *de censibus,* colla quale si dispone 1. che il censo si costituisca sopra cosa immobile, e che si abbia come immobile, quali sono i dritti perpetui; 2. che la cosa sia fruttifera; 3. che si descrivano coll' istrumento i confini del podere, su' frutti del quale veniva costituito il censo; 4. che vi si apponga il patto di retrovendere, o sia di ricomprare *quandocumque*, il quale, sebbene vi si ometta, si abbia per apposto; 5. che il danaro, prezzo del censo, si numeri in presenza del notaio e de' testimonii, o debba costare di trovarsi depositato nel banco a disposizione del venditore; 6. che l'annua corrisposione non oltrepassi il dieci per cento. Vedi sul proposito le note di Aloe e Maffei in Domat, *lib.* 1, *tit.* 2, *tomo* 1, *pag.* 193

a 197; Guarani, *ius regni;* non che Figheri, *istituzioni del dritto del regno*; e Lenci, trattato *de censibus*.

Della vendita o cessione de' dritti incorporali reali per dritto francese e vigente.

§. 39. Le nuove leggi riconoscono la vendita de'dritti incorporali reali, poichè, essendo questi in commercio, non n' è vietata l'alienazione; art. 1443 (- 1598 -)

La tradizione in tal caso si esegue o colla consegna de' titoli, o coll'uso che ne fa il compratore di consenso del venditore; art. 1453 (- 1607 -)

Per tutt'altro si sono ritenute le disposizioni del dritto romano, dovendosi osservare le regole generali relative al contratto di vendita, da noi esposte co' capitoli precedenti. Vedi Merlin, alle voci *rente constituée*, ed *usufruit*.

Sezione III.

Della vendita o cessione de' dritti misti.

Della vendita o cessione de' dritti misti per dritto romano.

§. 40. Vi ha taluni dritti che partecipano del reale e del personale, quali sono i dritti di eredità. Di questi n' era anche permessa l' alienazione, come rileviamo dagl' interi titoli del digesto e del codice *de haeredit. vel actione vendit.*

Sul proposito però è da osservarsi 1. che non potea vendersi l'eredità di un vivente; *l. 1 ff. de haeredit. vendit.* 2. Che non potea vendersi l'eredità di colui che non avesse esistito giammai; *l. 7 ff. de haeredit. vendit.* 3. Che non potea vendersi l' eredità futura, o sia di coloro ch' erano vivi ancora, quando anche vi prestassero il loro consenso, come si è osservato col tomo *IV*, §. *10*.

Poteasi bensì vendere una eredità, ma non il

titolo e la qualità di erede, ch' erano inseparabili dalla persona dell' erede medesimo, ma con tale vendita si comprendea tutto ciò ch'era pervenuto o potea pervenire dall' eredità, senza potersi il venditore liberare dagl' impegni contratti verso i creditori ed i legatarii, salvo il regresso contro l'acquirente, come testualmente decide la legge *2 cod. de haeredit. vend.* (1).

Per tal motivo, se il venditore avesse percepito qualche cosa dall' eredità alienata, dovea consegnarla al compratore o restituirgli il prezzo; *ll.* 2 *e* 21 *ff. de haeredit. vel act. vend.*; ma in ogni caso, se la vendita comprendesse l' intera eredità, il venditore non dovea rispondere della maggiore o minore quantità degli oggetti ereditarii rinvenuti, perchè il contratto riputavasi aleatorio.

In fine, il compratore, considerandosi come successore particolare del venditore erede, era tenuto a tutti gli obblighi del venditore in generale da noi espressi co' §§. 17 a 22, nè poteva pretendere di esercitare dritti particolari che vantasse sulla eredità se non gli avesse espressamente riservati col contratto di compra. *L.* 2 *ff. de haeredit vel action. vend.*

Della vendita de' dritti misti per dritto francese e vigente.

§. 41. Le nuove leggi anche permettono la vendita o cessione di una eredità, ch' è un dritto di natura misto.

---

(1) Nella vendita di una eredità comprendevansi non solo le cose ch' esistevano nel tempo della morte o dell' *adizione*, ma anche quelle che vi si aggiungevano in seguito. Quindi, se per parte dell' erede si fosse venduta o donata qualche cosa pria della vendita dell' eredità, n' era dovuto il prezzo al compratore. Vedi la legge 2 *ff. de haered. et action. vend.*, ed ivi le note di Gotofredo.

Rimosse però le sottigliezze del dritto romano, le nuove leggi dispongono che se il venditore vende l'eredità senza specificarne gli oggetti, si reputa ch' egli avesse venduto solamente il titolo di erede, in qual caso non è tenuto a garentire se non il titolo alienato o venduto; ma se egli avesse raccolto i frutti di qualche fondo, o riscosso qualche credito appartenente a tale eredità, o venduto beni della stessa, è tenuto a rimborsarli al compratore, qualora non gli abbia espressamente riservati nella vendita; art. 1542 e 1543 (-1696 e 1697-).

Il compratore dal suo canto dee rimborsare al venditore ciò che costui abbia pagato pe' debiti e pesi dell' eredità, e soddisfare i crediti che il venditore possa avere sulla medesima, qualora non esista stipulazione in contrario; art. 1544 (-1698-).

Se il venditore avesse specificato gli oggetti ereditarii che intende di vendere, sarà tenuto agli effetti della garentia ordinaria, cui è obbligato ogni venditore di oggetti singolari, da noi esposti coi capitoli precedenti; e se avesse venduto in vece le sue pretensioni alla eredità, perchè l' acquirente le esercitasse a suo rischio, rimarrà allora obbligato a quella sola garentia che risulta dal fatto suo proprio; art. 1474 (-1628-)

In ogni caso poi la vendita dell' eredità del vivente è sempre vietata, come si è detto col tomo IV, §. 11 (1).

---

(1) È quistione agitata dagli antichi, non meno che da' moderni dottori, se posteriormente alla vendita, venendo a rinunziare uno de' coeredi del venditore alla sua quota, dovesse questa accrescersi al venditore o al compratore. Vinnio, *quaest. selectar., lib.* 1, *cap.* 55, Cuiacio, *osservat.* 13, e Pothier, trattato *della vendita, n.* 545, credono che il dritto di accrescere dovesse giovare al venditore.

Sezione IV.

Della vendita o cessione de' dritti litigiosi.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 42. Qualora i dritti incorporali, sieno reali, sieno personali, sieno misti, fossero soggetti a lite, il dritto romano ne permetteva anche l'alienazione, e tale vendita chiamavasi con proprio nome *redemptio litis*, poichè essa veramente non aveva per iscopo che l'esito incerto della lite intrapresa o da intraprendersi relativamente al preteso credito.

Dicevasi poi litigiosa *ea res de qua controversia mota est iudiciumve acceptum*, come si esprime la legge 1 *ff. de iure fisci*. E Giustiniano colla novella 112, *cap.* 1, dice: *litigosam rem intelligimus rem mobilem et immobilem, seseque moventem, de cuius dominio causa inter petitorem*

Per l'opposto, Duareno, *de iure adcrescendi*, *lib.* 2, *cap.* 6, e Bartolo sulla legge 89, *ff. de legat. tertio*, sono d'avviso che debba appartenere al compratore.

Noi opiniamo che il sentimento di questi ultimi debba essere preferito, checchè abbia insegnato in contrario Delvincourt, *tomo* 8, *tit.* 2, *nota* 171, perchè la vendita di una eredità è una specie di contratto di sorte, proficuo se l'eredità è vantaggiosa, ma che può ridursi ad un vano titolo, se viene assorbita da' debiti scorperti posteriormente all'atto di vendita. Non vale quindi l'argomento di Delvincourt, improntato da Vinnio, che nel dubbio sull'interpetrazione dell'atto debbasi consultare *quid inter contrahentes actum intelligi debeat*, perchè ne' contratti di sorte il compratore sempre spera di rinvenire il maggior possibile vantaggio, mentre il venditore determina il prezzo della vendita sulla probabilità de' pesi che potranno gravitare sull'eredità venduta. Vedi ancora la nostra lunga nota sul dritto di accrescere, *tomo* III, §. 105, *pag.* 247 *a* 251.

et possidentem movetur, aut per iudiciariam conventionem, aut per preces Principi oblatas, et insinuatas iudici ac per eum adversario interpellatoris cognitas. Vedi l'intero titolo del digesto *de letigiosis*, non che la legge 3 *cod. de litig.*, l'autentica *Litigiosa, cod. eod.*, e la novella 112, *cap.* 1.

Sul proposito però è da osservarsi, che l'imperator Anastasio colla legge 22, *cod. mandat.*, conosciutissima nel foro dalle sue parole iniziali *Per diversas*, mentre permette le cessioni gratuite dei dritti litigiosi, vieta quelle a titolo oneroso, pel motivo che i cessionarii *alienis rebus fortunisque inhiantes, hoc modo diversis, personas litigatorum, vexationibus effigere solent*, eccettuandone i seguenti casi, cioè 1. quando si fosse fatta ad un coerede, o ad un comproprietario; 2. quando si fosse fatta al creditore in pagamento del debito; 3. al legatario in soddisfazione del legato; 4. in fine, al possessore di un fondo che per causa di litigio non aveva la libertà del suo godimento (1).

Giustiniano colla legge 23, *cod. mand.*, riportando la costituzione di Anastasio, dispone che

---

(1) Brunemanno, commentando la legge 22, *cod. mandati*, insegna, che tra le eccezioni dovessero comprendersi anche le seguenti: 1. quando la cessione sia stata fatta ad alcuno in conseguenza di una cosa venduta; 2. quando il dritto sia stato venduto come litigioso giudizialmente, come, p. e. se una vendita, per la quale il defunto sosteneva una lite, sia stata licitata tra gli eredi, ed aggiudicata ad un estraneo, col carico di sottostare all'esito della lite medesima. Sembra in effetti, che in questi due casi non si verifica punto lo spirito della legge che percuote l'odioso compratore di liti, per cui crediamo che l'opinione di Brunemanno debba essere accolta nell'applicazione a' casi particolari.

*

quando il venditore avesse venduto in parte ed in parte donato il dritto litigioso, la donazione dovesse presumersi simulata e fatta in frode della legge, non competendo al cessionario che il dritto di esigere la somma pagata per prezzo della cessione.

Con altra costituzione poi, che non è nell'edizione del corpo del dritto, ma che trovasi nelle basiliche, e da Cuiacio riportata nel libro 16 delle sue osservazioni, lo stesso Giustiniano, abrogando la costituzione di Anastasio, ha ordinato che in qualsivoglia caso, quando la cessione non fosse a titolo veramente gratuito, il cessionario di dritti litigiosi non petesse pretender nulla dal debitore al di là di ciò ch'esso ha sborsato per prezzo della cessione.

Della cessione o vendita de' dritti litigiosi per dritto francese e vigente.

§. 43. Le nuove leggi, ad oggetto di apporre un freno salutare a coloro che comprano dritti litigiosi per strappare, mediante la cabala, ciò che non potrebbero ottenere per le vie leggittime, hanno consagrato le disposizioni delle due leggi *per diversas, et ab Anastasio*, tanto conosciute e stimate per la di loro profonda saviezza.

Quindi, per disposizione del dritto francese e vigente, quegli contro cui fu d'altri ceduto un dritto litigioso mediante prezzo (1), può farsi liberare dal

(1) Sembra che, avendo le nuove leggi contemplato letteralmente una cessione fatta con prezzo, cioè a titolo oneroso, la cessione fatta a titolo gratuito non potesse comprendersi nelle sanzioni dell'articolo 1545 (- 1699 -), dovendosi adottare l'istessa eccezione stabilita colla legge 22, *cod. mand.*, espressa co' seguenti termini: *Si autem per donationem cessio facta est, sciant omnes huiusmodi legi locum non esse.*

cessionario, rimborsandogli il prezzo reale della cessione, colle spese legittime e cogl'interessi da computarsi dal giorno in cui il cessionario ha pagato il prezzo della cessione a lui fatta; art. 1545 (-1699-).

Questa disposizione però non ha luogo ne' tre seguenti casi: 1. quando la cessione siasi fatta ad un coerede, o condomino del dritto ceduto; 2. quando siasi fatta ad un creditore per pagamento di ciò che gli è dovuto; 3. quando siasi fatta al possessore del fondo soggetto al dritto litigioso; poichè in tutti questi casi non è l' avidità del redentore di liti che ha dato luogo al contratto, ma sibbene il motivo di fare un onesto guadagno, senza dolo e senza compromettere l'altrui fortuna; art. 1547 (-1701-).

In fine, ad oggetto di evitare le discussioni e le dispute forensi, le nuove leggi di accordo dispongono che la cosa si reputa litigiosa quando vi sia lite e controversia sul merito di essa; art 1546 (-1700-). Dal che si desume 1. che quando il cessionario è un giudice od un uffiziale ministeriale, basta che il dritto non sia confessato tra il cedente ed il debitore perchè la vendita sia nulla, a' termini dell' articolo 1442 (-1597-), mentre quando l' acquirente è una persona privata, il dritto non si reputa litigioso, se non quando vi è realmente una lite od un' istanza intimata tra le parti; 2. che un credito non si reputa litigioso, sol perchè si sta contrastando l'esecuzione, essendo necessario che la lite versi sul merito del dritto, ed in conseguenza allorchè trattasi di un credito ipotecario, se il creditore, dopo la sentenza di condanna in ultima istanza, cede il credito pel quale si contende solamente sul grado dell' ipoteca, e sull' anteriorità della collocazione, la cessione non è soggetta a riscatto per parte del debitore, non riputandosi litigioso il credito ce-

duto. Vedi gli autori delle pandette francesi sull' articolo 1700, non che Sirey, *codice annotato* sull' articolo istesso, e la decisione della gran Corte di appello di Bruxelles del 30 Gennaio 1808, nella causa tra Torfs Malengreay, riportata nella parte 2, *vol.* 10, *n.* 491. Vedi, in fine, Merlin, *repertorio* e *quistioni di dritto*, alle voci *dritti litigiosi*.

Sezione V.

Delle vendite giudiziali.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 44. Vendita giudiziale appellasi quella che si fa di ordine del magistrato, e che non può altrimenti farsi per espressa disposizione di legge.

Ciò avea luogo per dritto romano nelle vendite de' beni de' minori, e ne' tre giudizii *communi dividundo*, *familiae erciscundae*, *finium regundorum*, come dalle leggi citate sotto i titoli *de reb. auctor. iudic. possid.*; *de reb. eor. qui sub. tutel.*; *de praed. et aliis reb. minor.*

Delle vendite giudiziali per dritto francese e vigente.

§. 45. Anche per dritto nuovo i beni de' minori, degli interdetti, de' corpi morali, i beni dotali, non possono altrimenti vendersi che coll' autorità del giudice e previe le solennità stabilite dagli articoli 1030 a 1041, tit. 6, lib. 8, e 1042 a 1060, tit. 8, dello stesso libro 8, delle leggi di procedura civile.

In queste specie di vendite si dà luogo agli incanti; ma esse differiscono dalle licitazioni, in quanto che queste si fanno per volontà libera de' comproprietarii, o coeredi, mentre nelle prime l' autorità

del giudice è indispensabile, e d'altronde negl' incanti deve a tutti necessariamente accordarsi l' accesso. Le vendite giudiziali poi non hanno nulla di comune con gli atti di divisione, ed il venditore è tenuto a tutti gli obblighi che la legge impone a coloro che vendono volontariamente i loro beni, ad eccezione dell' azione rescissoria per causa di lesione, che non si può sperimentare contro del compratore nelle vendite giudiziali, come si è osservato col §. 31.

Sezione VI.

Delle vendite forzate.

Disposizioni del dritto romano relativamente alle vendite forzate per utilità pubblica.

§. 46. Per *vendita forzata* s' intende *quella che si fa contro la volontà del venditore.*

Vi ha due specie di vendite forzate; alcune si eseguono d'ordine del giudice pel bene pubblico; altre si eseguono d'ordine del giudice ad istanza de' creditori contro i loro debitori.

Delle vendite della prima specie il dritto romano ce ne offre alcuni esempii colla legge 11 *ff. de evict.*, ove si consagra che l'interesse privato debba cedere all'interesse pubblico. Vedi ancora il §. 2 delle istituzioni *de his qui sui vel alieni iuris sunt;* non che le leggi 1 *cod. de com. serv. man.;* 16 *ff. de rebus eorum qui sub tutela; un. cod. de vend. rer. fisc. cum priv. comm.;* 2 *cod. de comm. rer. alien.*

Delle vendite forzate per motivi di utilità pubblica per dritto francese e vigente.

§. 47. Le nuove leggi coll'articolo 470 (-545-) in termini precisi dispongono, che niuno può essere co-

stretto di cedere la sua proprietà se non per causa di utilità pubblica, mediante una giusta e preventiva indennizzazione.

In Francia le leggi del dì 8 Marzo 1810, 21 Aprile detto anno, 15 Aprile 1811 determinano i modi come riconoscersi l'utilità pubblica, e stabiliscono le norme com' eseguirsi la vendita d'ordine del magistrato.

Presso di noi con la legge del 21 Marzo 1817 il Consiglio d'intendenza di ciascuna provincia o valle è chiamato a decidere delle cause che interessanò l'utilità pubblica, ma in quanto alla indennizzazione dovuta a' privati, il legislatore coll'articolo 11 si riservò di provvedere con altra legge particolare.

Questa legge non si è mai pubblicata, ma accadendo danni alle proprietà private per causa di opere pubbliche, si procede alla nomina di due periti, uno per parte dell'amministrazione de' ponti e strade, e l'altro del proprietario, e dietro di questa perizia il privato viene ad essere indennizzato del danno o dell'occupazione che si fa in suo pregiudizio per l'organo del ministro dell'interno.

Delle vendite forzate de' beni del debitore fatte ad istanza de' suoi creditori per dritto romano.

§. 48. Per dritto romano dopo che la sentenza era passata in giudicato, il creditore potea pignorare i beni del debitore, incominciando prima dai mobili, quindi passava a' semoventi, poscia agli stabili, e finalmente a' suoi crediti, se i primi non erano sufficienti; *l.* 15 *ff. de re iudicata*; ma non poteasi procedere alla vendita degli oggetti pignorati se non dopo l'elasso di due mesi dal dì del pignoramento. *Pignora capiantur*, dice la legge 3 *ff. de re iudicata.*

Se si fossero pignorati beni di pertinenza di terze persone, queste potevano opporre la eccezione *exequutum in rebus alienis*, che il giudice giudicava sommariamente, ed ove la quistione fosse intrigata, ordinava la esecuzione sopra altri beni del debitore; *l.* 15 *ff. de re iudicata*; ma in ogni caso non poteasi procedere alla vendita se non dopo l'apprezzo e la subasta, come rileviamo dalle leggi 15 *e* 16 *cod. de rescind. vendit.*, *e* 3 *cod. de exequut. rei iudicatae*, avvertendo che la subasta o sia l'accensione delle candele non avea luogo se non dopo annunziata la vendita per *præconem*, o sia per mezzo de' pubblici banditori.

L'azione poi che competeva al creditore era un'azione civile personale perpetua *et persecutoria rei*, come rileviamo dalla legge 7 *de re iudicata*, ed accordavasi al creditore tanto contro del debitore condannato in giudizio, quanto contro de' suoi eredi ed aventi causa; ma non poteansi pignorare nè i beni aratorii, nè gl'istrumenti necessarii all'agricoltura, nè finalmente i beni che il debitore possedesse *pro indiviso* con altri. *LL.* 7 *e* 8 *cod. quae res pignori obligari non possint*; 4 *cod. de exequut. rei iudicatae;* non che l'intero titolo del codice *de commun. rer. alienat.*

In fine, fia utile osservare, che questo modo di esecuzione di giudicati dicevasi estraordinario, perchè ordinariamente non si diveniva a permettere al creditore il pignoramento de' beni del suo debitore se non ne' casi di urgente necessità; ma fuori di questi casi egli doveva adire un arbitro o un giudice, il quale bonariamente procurava la esecuzione del giudicato. *LL.* 75 *ed ult. ff. de iudiciis;* 50 *ff. de evict.*; *e* 15 *ff. de re iudicata.*

Della spropriazione forzata ad istanza de' creditori per dritto del regno pria del 1809.

§. 49. Per dritto patrio pria del 1809, ad oggetto di eseguirsi i giudicati difinitivi, doveasi ricorrere al magistrato, il quale spediva le lettere esecutoriali, senza delle quali non si poteva procedere a pignoramento alcuno.

Ottenutasi la lettera esecutoriale, si procedeva al sequestro con l' ordine enunciato nel §. precedente, cioè prima su i mobili, quindi su i semoventi, poi su gli stabili, e finalmente su i crediti; ma appena fatta la esecuzione, l' istesso magistrato doveva spedire il mandato *ad reluendum*, che consisteva in un avvertimento fatto al debitore, affinchè fra il termine di due giorni, o più, secondo la prudenza del magistrato, avesse riscattata la roba eseguita, altrimenti si procedeva alla vendita. Quindi, doveansi interporre altri due decreti di *reluat*, in seguito de' quali, procedutosi all' apprezzo, devenivasi alla vendita *sub-hasta*, previa offerta del compratore dopo pubblicati i bandi, ammettendosi offerta di sesta e di decima. Vedi Moro, *pratica civile*, *tomo* 2., *cap.* 16; e De Rosa, *pratica civile*.

Nel giudizio di graduazione poi seguivasi perfettamente l' ordine stabilito dalle leggi romane e da noi espresso col §. precedente.

Della spropriazione forzata per parte de' creditori per dritto francese e vigente.

§. 50. Le forme relative al pignoramento dei mobili, all' espropria de' beni stabili, alla distribuzione del prezzo per contributo, alla graduazione de' creditori, formano oggetto delle leggi di procedura; ma poichè il dritto che compete al creditore di espropriare i beni del suo debitore è fondato sulla massima riconosciuta da tutti i popoli civi-

lizzati, cioè che i beni del debitore formar debbono la garentia de' dritti del creditore, perciò tanto il dritto francese quanto il dritto vigente hanno creduto di sanzionare nel corpo delle leggi civili i seguenti principii generali, che debbono servire di regola all'espropriazione forzata de' beni immobili.

1. Che possono formare oggetto di una espropria immobiliare tutti i beni immobili corporali, i loro accessorii riputati immobili, quando si sequestrano unitamente all' immobile di cui fan parte, e finalmente l' usufrutto sopra beni dell'istessa natura.

Non pertanto, il creditore che ha un' ipoteca speciale non può far vendere i beni che non sono specialmente ipotecati se non nell' insufficienza dei primi, meno che gli uni e gli altri non formino un' istessa tenuta, nel qual caso dovrà farsi il ragguaglio della stima sul prezzo dell' aggiudicazione, quando siavi luogo; art. 2105, 2110 e 2112 (- 2204, 2209 *e* 2211 -).

2. Che il dritto di espropriazione compete a a qualunque creditore ed anche al di lui cessionario, quando questi abbia notificato la cessione al debitore; ma se il debitore comprovasse con iscrittura autentica di fitto che la rendita netta di un anno de' suoi beni immobili è sufficiente pel pagamento del capitale, degl' interessi e delle spese, è in libertà de'giudici di sospendere il procedimento, il quale potrà ripigliarsi, sopraggiungendo qualche opposizione o qualche ostacolo al pagamento; art. 2105, 2118 e 2120 (- 2204, 2212 *e* 2214 -).

3. Che la spropriazione può domandarsi contro qualunque debitore; ma s' egli sia un minore anche emancipato, o un interdetto, dee prima precedere la escussione sopra i beni mobili. Questa escussione preventiva de' mobili però non è necessaria, quando il procedimento si è principiato contro un

maggiore di cui l'avente causa si trovasse minore o interdetto; nè contro l'interdetto di età maggiore prima della sua interdizione; nè, finalmente, quando il debito è comune tra un maggiore, un minore, o un interdetto, e gl'immobili siano da' medesimi posseduti *pro indiviso*; art. 2107 e 2108 (- 2206 e 2207 -).

4. Che la spropriazione di diversi immobili situati sotto la giurisdizione di tribunali diversi, quantunque ipotecati allo stesso debito, dee farsi successivamente per non rovinare il debitore di spese; ma se essi formano parte di una sola e medesima tenuta, l'espropria potrà promuoversi davanti il tribunale, nella cui giurisdizione esiste il luogo principale della tenuta, o dove si trova la parte dei beni di maggior rendita, giusta la matrice del ruolo fondiario; art. 2111 (- 2210 -).

5. Che se l'espropria riflette debiti che sono a carico della comunione, e gl'immobili fanno parte della comunione medesima, l'espropria si propone contro il solo marito, quantunque la moglie fosse obbligata al debito.

Se poi l'espropria colpisce gl'immobili particolari della moglie non posti in comunione, dovrà proporsi contro entrambi i coniugi, ma la moglie dovrà essere autorizzata dal marito, ed in caso di rifiuto o di minore età del marito, dovrà essere autorizzata dal giudice. Se, in fine, la moglie è minore, se fossero minori entrambi i coniugi, o se il marito di età maggiore ricusasse d'intervenire con lei nel giudizio, dovrà alla medesima destinarsi dal tribunale un tutore *ad hoc*, contro del quale dee proporsi l'istanza; art. 2109 (- 2208 -).

6. Che la parte indivisa di un coerede negl'immobili di una eredità non può essere posta in vendita da' suoi creditori particolari prima della divi-

sione, o dell'incanto, che questi possono domandare, se vogliono, o ne' quali hanno dritto d'intervenire, come si è osservato nel titolo delle successioni; art. 2106 (-2205-).

7. Che il titolo, in forza del quale si può procedere al pignoramento, dev' essere esecutorio, o deve contenere un debito certo e liquido.

Se il debito è certo, ma non liquido, può farsi il pignoramento, ma non la vendita, finchè non siasi fatta la liquidazione.

Se il titolo è una sentenza contumaciale, non può procedersi al pignoramento se non scorso il termine a formare opposizioni; se è una sentenza in contraddizione, ma provvisionale, può procedersi al pignoramento, ma non alla vendita, se non dopo la sentenza definitiva; se, in fine il titolo è una sentenza definitiva in prima istanza, ma appellabile, comunque munita di clausola provvisionale, non può procedersi alla vendita se non dopo la decisione pronunziata in grado di appello, e dopo che la prima sentenza avesse fatto passaggio in autorità di cosa giudicata; art. 2119, 2121 e 2122 (-2213, 2215 e 2216-).

In ogni caso poi la domanda di espropriazione intentata per una somma maggiore di quella che si deve è valida, salva la riduzione che può domandarsi per parte del debitore; art. 2122 (-2216-).

Indipendentemente dalle regole sopra esposte, che sono pure comuni al dritto francese, le nuove leggi per lo regno delle Due Sicilie, ad oggetto di facilitare il giudizio di espropria e di evitare il maggior dispendio a carico de' debitori, dispongono, che può permettersi l' espropriazione simultanea sia a richiesta del debitore, sia a richiesta dei creditori, quantevolte il valore totale de' beni esistenti in diverse provincie, calcolato sul ruolo fon-

diario, moltiplicandosi la rendita che ne risulta quindici volte pe'fondi rustici, e dieci per gli edifizii, sia inferiore alla somma di tutti i crediti iscritti incluso quello del creditore istante; ma per ottenersi un tale permesso fa d'uopo che si uniscano al ricorso da farsi al presidente del tribunale del domicilio del debitore 1. la copia legale del ruolo fondiario; 2. l'estratto delle iscrizioni prese a carico del debitore nelle diverse provincie, o il certificato negativo. In ogni caso però, l'espropria, potendo essere simultanea, ma non già unica, dovrà essere sempre espletata avanti il tribunale rispettivo della situazione de' beni, i quali procederanno eziandio alla distribuzione del prezzo; art. 2113 2114, 2115, 2116 e 2117 (1).

LEZIONE TERZA.

Del contratto di locazione.

Della natura e de' caratteri della locazione per dritto romano, patrio, francese e vigente. Partizione della materia.

§. 51. Il contratto di locazione è di un uso indispensabile allo stato sociale, non meno che il con-

---

(1) Pothier, trattato *della vendita*, consagra l'intera parte 7 agli atti e contratti rassomiglianti al contratto di vendita, fra i quali oltre alle licitazioni tra coeredi e comproprietarii, di cui abbiamo parlato col §. 33, annovera eziandio la donazione *in solutum*, o in pagamento, la donazione remuneratoria, la donazione con alcuni determinati pesi a carico del donatario, la donazione a rendita vitalizia, la permuta, la divisione, la transazione. Noi non neghiamo che simili contratti hanno affinità col contratto di vendita, ma quali contratti non si assomigliano tra loro in qualche parte? Se lo stesso Pothier conviene che i contratti sopra enunciati hanno regole che loro son proprie, noi crediamo che di essi debbasene parlare nella propria sede.

tratto di vendita, poichè per suo mezzo la maggior parte degli uomini acquista un asilo per la loro famiglia, un deposito per la di loro fortuna mobile, un domicilio fisso per sè stessa; per mezzo suo si stabiliscono tante opere di agricoltura, d'industria e di commercio; finalmente, presso la classe laboriosa attira a sè il superfluo della classe opulenta, dandogli da tempo in tempo in affitto il suo lavoro, i suoi servizii e le sue cure (1).

La locazione può difinirsi per *un contratto consensuale di buona fede, mediante il quale si commuta l'uso di una cosa, o di un' opera per una determinata mercede;* o, come si esprime Domat, « *è un contratto col quale uno dà al-* » *l'altro il godimento o l'uso di una cosa, della* » *sua opera, sino ad un dato tempo e per un* » *determinato prezzo.* » Vedi il §. 2 delle istituzioni *de locat. conduct.*, e l'intero titolo del digesto *de location. et conduction.* (2).

Colla legge 2, *ff. locati*, si consagra, che la locazione *iisdem regulis continetur, quibus emptio venditio;* e Cuiacio ci assicura che gli antichi giureconsulti *locationem saepe venditionem appellarunt, et conductorem emptorem.* In fatti, tanto la vendita, quanto la locazione, si perfezionano col consenso; tanto la mercede, quanto il prezzo, debbon esser determinati; finalmente, tanto nella locazione, quanto nella vendita, si ricerca che la materia del contratto fosse commerciabile. Siccome intanto vi sono talune regole particolari al contratto di locazione e conduzione, così noi, seguendo lo stesso ordine del legislatore, divideremo questa lezione in

---

(1) Vedi la relazione del tribuno Mauricault, seduta del 14 Ventoso, *anno* XII, *esposizione de' motivi*, *n.* 76.

(2) Vedi Domat, *leggi civili*, *tomo* 1, *tit.* 4, *lib.* 1.

quattro capitoli, nel primo de' quali si esporranno alcune disposizioni generali, che sono come i prolegomeni della materia; nel secondo si tratterà della locazione delle cose; nel terzo della locazione delle opere d' industria; nel quarto, finalmente, dell'affitto a soccio.

CAPITOLO I.

Disposizioni generali.

Delle diverse specie di locazione per dritto romano.

§. 52. Il dritto romano distingueva, come le nuove leggi distinguono, la locazione delle cose dalla locazione delle opere, *operarum*, e questa dalla locazione *operis*, che noi chiamiamo appalto o cottimo.

Distingueva ancora col nome di pigione la locazione delle case, col nome di nolo quella dei mobili, col nome di colonia quella de'fondi rurali, col nome di soccida la locazione del bestiame. *LL.* 31 *ff. locati*; e 52, §. 2, *ff. pro socio*; non che l' intero titolo *ff. de praescriptis verbis* (1).

Essendo state ritenute dalle leggi vigenti le stesse denominazioni, noi ne tratteremo ne' paragravi seguenti, osservando qui solamente che la lo-

---

(1) Coloro che facevano simili contratti chiamavansi *politores agrorum*, poichè ordinariamente il bestiame si dava a' coloni che avevano l'obbligo di coltivare, *atque polire agros*. L' opera poi ch' essi prestavano chiamavasi *velamentum*, che riuniva la prestazione dell' opera e dell' arte, *et erat loco pretii*, come ci assicura Cuiacio; ma era indispensabile che l' uno conferisse nella società il bestiame, e l' altro *operas et artem*, o sia *velamentum*, che facea le veci del prezzo, o della mercede indispensabile alla perfezione del contratto della locazione e conduzione. Vedi Gotofredo, *legge citata*.

cazione, detta propriamente *operarum*, avea luogo quando taluno prestava l'opera sua per una determinata mercede, mentre la locazione *operis* avea luogo quando taluno dava a fare qualche lavoro per una determinata mercede, lavoro ch'egli potea fare o per sè, o per mezzo di altri, e doveva impiegare eziandio la materia necessaria per l' opera di cui erasi incaricato, come del lavoro di un ponte, di una casa, ec. *LL.* 13, 22 *e* 25 *ff. locati, conducti.*

Osserviamo ancora che per dritto romano nella locazione de'beni dello Stato, de'comuni e de'corpi morali, si seguivano le stesse regole comuni alla locazione tra particolari; se non che doveansi indispensabilmente effettuare mediante l'asta pubblica, come rileviamo dall'intero titolo del codice *de locatione praediorum civilium.*

Delle diverse specie di locazione per dritto francese e vigente.

§. 53. Le nuove leggi in questo primo capitolo, esponendo i prolegomeni del contratto di locazione conduzione, si occupano a definire le diverse specie di locazione, che sono di uso più frequente nelle contrattazioni sociali.

Così, la *locazione delle cose* viene definita per « *un contratto, col quale una delle parti con-* » *traenti si obbliga di far godere all' altra una co-* » *sa per un determinato tempo, e mediante un de-* » *terminato prezzo che questa si obbliga a paga-* » *re* »; art. 1555 (-1709-).

La *locazione delle opere* poi si definisce per « *un contratto, col quale una delle parti si obbliga* » *di far qualche cosa per l' altra, mediante una* » *mercede tra essi convenuta* », e quindi chiamasi propriamente *prestazione di opere* la locazione del valore o del servizio; chiamasi poi *appalto*, o *cottimo, la determinazione del prezzo fatta per*

l' impresa di un' opera qualunque, ancorchè colui pel quale l' opera si fa, abbia somministrato la materia ; art. 1556 e 1557 (-1710 *e* 1711-).

In fine, chiamasi *pigione*, la locazione delle case; *nolo*, la locazione de' mobili; *colonia*, quella de' fondi rustici; *soccio*, quella del bestiame, il cui frutto si divide tra il proprietario e colui al quale si affida il bestiame ; art. 1557 (-1711-).

Le regole particolari a ciascuna specie di locazione saranno esposte co' capitoli che seguono ; ma degli affitti de' beni nazionali , de' comuni e de' pubblici stabilimenti , è oggetto di regolamenti particolari ; art. 1558 (-1712-).

Dalle definizioni sopra esposte risulta intanto 1. che nella locazione si richieggono essenzialmente un consenso libero, una cosa certa e commerciabile, un prezzo certo e determinato (1). 2. Che qualunque sorta di beni può esser oggetto del contratto di locazione , purchè siano commerciabili (2) , e

---

(1) Il prezzo dev'essere reale , certo e determinato colla convenzione , ma può esser eziandio rimesso al giudizio di un terzo , come nella vendita; art. 1437 (-1592-); e può anche consistere in una parte di frutti o determinata col contratto , o proporzionata alla ricolta. Vedi Pothier , trattato *del contratto di locazione* , *n.* 32 *a* 40.

(2) L' usufrutto di un immobile può essere locato per un determinato tempo ? Vedi Delvincourt , *corso di dritto civile* , *tomo* 8 , *titolo* 4 , *nota* 2 *e* 3. Noi intanto osserviamo che l' usufruttuario , avendo il dritto di usare e di godere della cosa soggetta all' usufrutto , ha incontrastabilmente quello ancora di darla in fitto. Non può però locarla per servire ad usi diversi di quelli cui era solito servire prima di costituirsi il suo usufrutto , a differenza del proprietario che , avendo il *ius utendi et abutendi* , può disporre a suo talento della cosa propria. Ciò era testualmente disposto colle leggi 13 e 27 *ff. de usufruct.*, nè le nuove leggi vi hanno portato cangiamento alcuno.

purchè il godimento non ne distrugga la proprietà, come nelle cose fungibili, nel danaro, ec., giacchè il godimento successivo della cosa locata, durante il tempo della locazione, costituisce l'essenza del contratto, nel che differisce dal contratto di vendita che trasmette al compratore la proprietà della cosa istessa. 3. Che il locatore deve avere il dritto del godimento della cosa locata (1) sia come proprietario, sia come usufruttuario, sia anche come amministratore della cosa medesima, giacchè il godimento e non la proprietà formano l'essenza di questo contratto. 4. Che, in fine, il tempo della durata della locazione dev' essere determinato col contratto (2), ma esso non è circoscritto dalla legge

(1) Può avvenir talora che il proprietario possa non aver il dritto di affittare, mentre può affittare in vece il non proprietario. Così, il tutore, il marito, l'amministratore de' beni pignorati, l'amministratore de' beni comunali, possono affittare i beni de' quali non ne hanno la proprietà, perchè il dritto del godimento, e non il dritto di dominio, costituisce l'essenza del contratto di locazione.

(2) Gli articoli 1400, 1401 e 1564 (-1429, 1430 e 1718-) stabiliscono una eccezione che non bisogna confondere con la regola generale, e che anzi conferma la regola istessa. La legge vuole che il tempo della durata dell'affitto fosse determinato dalle parti, ma non lo determina essa stessa se non riguardo a' minori ed alle donne maritate. Quindi, un affitto per venti, per trenta, per quaranta anni nè sarebbe nullo, nè conterrebbe un' alienazione, nè il conduttore potrebbe mai prescrivere la proprietà che non gli è stata giammai trasmessa, poichè, possedendo egli a titolo precario, non potrebbe cangiare la causa del suo possesso, giusta l'articolo 2146 (-2240-). L'articolo 2169 (-2263-) non è relativo alle locazioni, ma sibbene a' contratti di costituzione di rendita, riguardo a' quali la legge ha concesso al creditore la facoltà di poter astringere il debitore a somministrar una nuova scrittura del suo debito dopo ventotto anni dalla data della prima.

*

se non riguardo a' minori, alle donne maritate ed agli stabilimenti pubblici, che a'minori si equiparano.

CAPITOLO II.

Della locazione delle cose.

Transizione.

§. 54. Noi abbiamo osservato che si possono locare tutte le cose mobili od immobili, purchè non sieno fuori commercio, e purchè coll'uso non si distrugga la proprietà, come le monete, le cose fungibili, ec. Siccome però vi ha talune regole comuni alle locazioni delle case e de' fondi rustici, e regole particolari per cadauna di esse, perciò noi in tre sezioni distinte esporremo prima le regole comuni, quindi le regole particolari per le locazioni delle case, e finalmente le regole particolari per le locazioni de' fondi rustici.

SEZIONE I.

Delle regole comuni alle locazioni delle case e de' beni rustici.

Regole comuni alle locazioni de' fondi rustici ed urbani per dritto romano.

§. 55. I principii relativi a questo contratto consagrati dal dritto romano, raccolti e sviluppati da Domat e da Pothier, sono stati quasi letteralmente ritenuti da' novelli legislatori, come ci assicura il tribuno Mauricault, *esposizione de' motivi, n.* 76. Noi, quindi, senza fare un' inutile e noiosa ripetizione, ci limitiamo ad esporre qui le sole teorie del dritto romano non ritenute dalle nuove leggi, che possono ridursi alle seguenti:

1. Che in quanto alla forma del contratto di locazione e conduzione, essendo desso uno de' contratti consensuali, poteasi fare tanto per iscrittura, quanto verbalmente; ma quando si fosse convenuto di farlo per iscrittura, non era perfetto se la scrittura non si fosse stipulata. *LL.* 24 *cod. de loc. conduct.*, *e* 17 *cod. de fid. instrum.*

2. Che quando vi era contestazione sul prezzo della locazione, poteasi questo provare e per mezzo di testimonii e per mezzo del giuramento, che si deferiva all' attore, detto giuramento *in litem. LL.* 15 *cod. de fide instrument.*; 14 *cod. de contrahend. et commit. stipulat.*; 1 *e* 2 *ff. de in litem iurand.*

3. Che in quanto agli obblighi del locatore per dritto romano, non era tenuto a garentia verso il conduttore pe' vizii della cosa locata, da lui ignorati al tempo del contratto, ma la legge 19, *ff. locati*, facea solamente un'eccezione contro il locatore di botti viziose, sulla considerazione ch' egli avrebbe dovuto visitarle, come osserva Cuiacio colla legge citata.

4. Che il locatore dovea parimenti garentire il conduttore per le molestie che altri colle vie di fatto arrecasse al godimento dell' affitto. *L.* 25 *ff. locati*, §. 4.

5. Che in quanto agli obblighi del conduttore, il dritto romano gl' imponeva anche il dovere di pagare le usure della mercede in caso di ritardo del pagamento, e quando il ritardo fosse stato di due anni, permetteva al locatore di poterlo espellere dall' affitto. *L.* 17 *ff. de usuris; nov.* 7, *cap.* 3, *e nov.* 120, *cap.* 8.

6. Che comunque per regola generale il conduttore non fosse tenuto che della colpa lieve, pur tuttavolta, in caso di deteriorazione del fondo locato,

la prescrizione era contro del conduttore, finchè non avesse provato il contrario. *LL.* 28 *cod. de locat., e* 23 *ff. de reg. iur.*

7. Che lo stesso avea luogo nel caso d'incendio, giusta l'opinione di Paolo, *ll.* 3 *ff. de offic. praefect. vigil., ed* 11 *ff. de pericul. et comod. rei vendit.*, comunque questa opinione fosse combattuta nel foro (1).

8. Che riguardo allo scioglimento del contratto, sia che si fosse fatto per iscrittura, sia verbalmente, il dritto romano non richiedeva la necessità della denunzia, o del congedo, ma il locatore, in forza dell' azione *locati*, potea farsi restituire dal conduttore la cosa locatagli; *ll.* 11 *ff. locati, conducti, e* 25 *cod. de location.* Quando poi, spirato il termine della locazione, il conduttore continuava a possedere la cosa locata colla pazienza e scienza del locatore, l'affitto intendevasi rinnovato di anno in anno, trattandosi di fondi rustici, e trattandosi di fondi urbani, se il contratto era stato fatto per i-

---

(1) Vinnio, *quistioni scelte*, *lib.* 1, *cap.* 33, e molti autori da lui citati, seguiti anche da Pothier, trattato *di locazione*, *n.* 194, insegnarono che in caso d' incendio dovesse presumersi la colpa del fittuario, fondando su di un responso di Paolo contenuto nella legge 5 *ff. de offic. praefect. vigil.*, e su di un altro responso di Alfeno nella legge 11 *ff. de peric. et comod. rei vend.*

Per l' opposto, il Voet, *in pandectas ad leg. aquil.*, *n.* 20, e molti altri giureconsulti insegnarono, che il proprietario provar dovesse la colpa dell' inquilino, fondando sulle leggi 15 *ff. locat.*; 5 *e* 18 *ff. comod. et cont.*; 25 *ff. de reg. iur.*; ed 11 *ff. de incend. nauf.* La quistione era ancora dibattuta all' epoca della pubblicazione delle nuove leggi, e presso di noi i tribunali ammettevano sempre la presunzione della colpa nell' inquilino, com' è da vedersi nella decisione 57 di Matteo d' Afflitto.

scrittura, s'intendeva rinnovato per lo stesso tempo; se poi fosse fatto verbalmente, durava per quanto continuava il tacito consenso delle parti. *LL.* 13 *e* 14 *ff. locati, conducti, e* 16 *cod. de locat. conduct.*

9. Che in caso di vendita, il compratore poteva espellere il conduttore, salvo l'obbligo al locatore e suoi eredi di rifare il conduttore de' danni e degl' interessi; ciò che verificavasi anche in favore del legatario e dell'usufruttuario, i quali aveano parimenti il dritto di espellere il conduttore pria che terminasse la locazione; *l.* 25 *ff. locati, conducti,* e la famosa legge 9 *cod. de locato conducto,* che principia *Emptorem.* Di questo dritto però non potevano far uso nè il compratore, nè il legatario, nè l'usufruttuario, quando si fosse espressamente convenuto il contrario.

10. Che, in fine, il compratore col patto di rivendita, sia legale, sia convenzionale, potea parimenti espellere il fittuario, come ogni altro compratore puro e semplice, anche pria di spirare il termine fissato pel ritratto, poichè simili vendite si reputavano come vendite pure, a' termini delle leggi 1 *e* 5 *ff. de lege commissor.*; 2 *ff. pro emtor.*; 60 *ff. locat.*; *e* 30 *ff. de adquirend. vel committend. possess.*

Regole comuni alle locazioni delle case e de'fondi rustici per dritto francese e vigente, ed in primo della forma di tal contratto.

§. 56. Le regole comuni alle locazioni delle case e de'fondi rustici riguardano 1. la forma del contratto; 2. la sua durata; 3. le obbligazioni del locatore; 4. quelle del conduttore; 5. in fine, lo scioglimento del contratto istesso e la tacita riconduzione, che noi esponiamo con la massima brevità in cinque paragrafi distinti.

Occupandoci intanto per ora della forma del contratto di locazione, osserviamo che la legge non ne richiede alcuna, potendosi fare tanto verbalmente, quanto per iscritto; ma se la locazione sia verbale, e non siasi incominciata ad eseguire, ove una delle parti la impugni, la pruova testimoniale è sempre vietata, quantunque sia tenue il prezzo, e quantunque si alleghi di essersi date le caparre, facendosi con ciò eccezione alla regola stabilita coll'articolo 1295 (-1341-) da noi esposte col §. 87 del volume IV (1). In questo caso non può che deferirsi il giuramento a colui il quale niega la locazione, e quest'ultimo appello alla coscienza determinerà l'esistenza o l'inesistenza del contratto che si controverte; art. 1560 e 1561 (-1714 *e* 1715-). Quando vi sia controversia sul prezzo della locazione verbale, di cui l'esistenza è certa e non controvertita, la determinazione del prezzo dipende dalla ricevuta del locatore se ve n'esiste, in contrario il fittaiuolo può domandare la stima per mezzo de'periti, di cui anderà a suo carico la spesa, se eccede quella ch'egli ha dichiarata. Se poi egli non presceglie questo mezzo di pruova, il locatore può contestare il prezzo della locazione mediante il suo giuramento; art. 1562 (-1716-).

Della durata della locazione tanto delle case, quanto de' fondi rustici, per dritto francese e vigente.

§. 57. L'affitto a tempo quantunque lungo, non trasmettendo che un godimento temporaneo,

---

(1) Trattandosi di una locazione infra i ducati 50, o i 150 franchi, sarebbe ammessibile la pruova testimoniale? Noi opiniamo per la negativa, attesi i precisi termini dell'articolo 1561 (-1715-). Vedi intanto Delvincourt, *tomo* 8, *pag.* 56 *e* 57, *tit.* 4, *nota* 12, non che gli autori delle pendette francesi sull'articolo 1715.

non può essere limitato per la sua durata che dalla sola convenzione delle parti. La legge solamente determina che l' affitto de' beni della donna maritata e de' beni de' minori non possa estendersi al di là di un novennio; art. 1400, 1401 e 1564 (-1429, 1430 *e* 1718-).

Riguardo a tutti gli altri adunque la durata dell' affitto è arbitraria, perchè se l' affitto è a vita, degenera in una vendita di usufrutto; se poi ha una rendita vitalizia, dev' essere riguardata come una vendita di proprietà. Vedi il rapporto del tribuno Mauricault, *esposizione de' motivi, n.* 76.

Se però l' affitto non ha termine stabilito col contratto, le parti possono farlo cessare a loro arbitrio, appena finita la ricolta, se si tratta di fondi rustici, o finito il periodo della locazione della casa, se trattasi di fondo urbano, salvo sempre l' obbligo del congedo, come si osserverà in appresso. Vedi il rapporto del tribuno Mauricault, *luogo sopra citato.*

Delle obbligazioni del locatore, tanto per le locazioni de' fondi rustici, quanto urbani, per dritto francese e vigente.

§. 58. L' unico e solo obbligo del locatore si è di far godere al conduttore della cosa datagli in fitto; donde risulta ch' egli deve 1. rilasciargli la cosa locata; 2. consegnargliela in buono stato; 3. garentire il conduttore da ogni molestia, e dalle evizioni che potrebbero verificarsi.

Per una conseguenza del primo dovere, il locatore è tenuto 1. a tutt' i danni ed interessi in favore del conduttore, se non possa fare la consegna, meno che la cosa non fosse perita per un accidente di forza maggiore; 2. dee fare la consegna a sue proprie spese e con tutti i suoi accessorii; 3. dee farla in buono stato, rendendosi garante di tutti i

vizii e difetti della cosa locata; 4. può essere, in fine, astretto al rilascio giudiziariamente, ed anche alla risoluzione del contratto.

Per effetto del secondo dovere il locatore 1. non può apportare alcun cangiamento alla cosa locata, in pregiudizio del godimento del conduttore; 2. dee conservare la cosa locata, facendovi le convenienti riparazioni che il conduttore dovrà tollerare, salvo a poter domandare una riduzione dell'estaglio, quando le riparazioni abbiano durato più di quaranta giorni, o quando la cosa sia distrutta in parte, e salvo a domandare lo scioglimento del contratto, se la cosa è interamente distrutta per un avvenimento casuale.

In fine, per effetto del terzo dovere il locatore dee garentire il conduttore dall'evizione e da ogni molestia, allorchè queste sieno fondate su di un dritto sulla cosa, ma per le molestie che i terzi apportassero al suo godimento con le semplici vie di fatto, dee difendersi nel suo proprio nome, coll'obbligo però, tanto nel primo, quanto nel secondo caso, di *lodare in autore* il locatore, subito che verrà giudiziariamente intimato a rilasciare tutta o parte della cosa locata (1).

---

(1) Qualora le molestie per vie di fatto abbiano cagionato danni al conduttore, de' quali non può esser indennizzato per l'insolvibilità di coloro che le hanno cagionate, può egli domandare una riduzione dell' estaglio? Pothier, sul contratto *di locazione*, *n.* 81, e gli autori delle pendette francesi, sull'articolo 1725, sostengono l' affermativa; ma sembra che gli articoli 1615 e seg. (- 1769 *e seg.* -) limitano il dritto della riduzione della mercede a' soli casi fortuiti, fra i quali non debbono sicuramente comprendersi gli accidenti cagionati dalla mano dell' uomo.

Delle obbligazioni del conduttore, tanto per la locazione de' fondi rustici, quanto urbani, per dritto francese e vigente.

§. 59. Le obbligazioni del conduttore possono ridursi alle seguenti: 1. di pagare il prezzo della locazione a' termini convenuti; art. 1574 (-1728-). 2. Di usare della cosa locata giusta la sua destinazione; art. 1575 (-1729-). 3. Di far uso della cosa locata da buon padre di famiglia; art. 1574 (-1728-). 4. Di restituire il fondo nello stato in cui lo ha ricevuto; art. 1576, 1577 e 1578 (-1730, 1731 *e* 1732-).

Sulla prima obbligazione osserviamo, che se le parti non hanno determinato il tempo del pagamento, deesi osservare l' uso de' luoghi.

Sulla seconda osserviamo, che la destinazione della cosa locata può essere anche presunta dalle circostanze, se non risulta dal contratto, e che in ogni caso il conduttore non può farla servire ad un uso diverso, potendo per tal motivo il locatore domandarne la rescissione. Ciò però non impedisce che il conduttore non potesse sublocare la cosa presa in fitto, ed anche cederla, se tal facoltà non gli sia stata espressamente vietata col contratto.

In fine, sulla terza e quarta obbligazione del fittaiuolo osserviamo, che il conduttore, non avendo che il godimento della cosa locatagli, non può in verun conto far cosa che, accrescendo il godimento istesso, rechi pregiudizio alla proprietà; che in conseguenza, se in principio dell' affitto si ebbe l' avvertenza di farsi uno stato descrittivo del fondo, questo regola le sue obbligazioni; se poi non vi sia stata descrizione, si presume di aver ricevuto il fondo in buono stato, salvo la pruova in contrario; che dee rispondere di tutte le degradazioni avvenute durante il suo godimento, meno che di quelle cagionate senza sua colpa, o dalle persone di sua

casa, o per vecchiezza, caso fortuito, o forza maggiore; che, in fine, in caso d'incendio di una casa, quando vi siano più inquilini, tutti sono solidalmente tenuti dell' incendio, meno che o non si provi che l'incendio sia avvenuto per colpa di uno di loro, il quale ne sarà in tal caso esclusivamente risponsabile, o non si provi che dall' abitazione di uno di essi non abbia potuto l'incendio incominciare, nel qual caso costui è esente da risponsabilità (1); art. 1579 a 1581 (-1733 *a* 1735-).

Dello scioglimento del contratto e della tacita riconduzione, tanto pe'fondi rustici, quanto urbani, per dritto francese e vigente.

§. 60. Il fitto cessa 1. per mutuo consenso delle parti; 2. per l'elasso del termine convenuto; 3. per la risoluzione del dritto del locatore; 4. per la perdita della cosa locata; 5. per l'inadempimento delle rispettive obbligazioni del locatore e del conduttore.

Avendo le nuove leggi rimesso alla libera volontà delle parti la durata dell'affitto, hanno anche lasciato a loro arbitrio di poterlo far cessare quando loro piace, allorchè la locazione siasi fatta senza scrittura e senza termine fisso; ma, ad oggetto di

---

(1) Vedi i discorsi del consigliere Galli e del tribuno Jaubert, *esposizione de' motivi*, *n.* 75 *e* 77. Vedi ancora Merlin, *repertorio*, alla voce *incendie*, ove la quistione sulla responsanbilità de' fittuarii è stata diffusamente trattata. Osserviamo intanto che i principii consagrati dal dritto francese riguardo all' incendio sono più opportuni alla conservazione della pubblica sicurezza, e più efficaci a prevenire gl' inconvenienti che possono temersi da simili accidenti, mentre la dottrina del dritto romano, da noi esposta col §. 55, è forse più conforme alla morale ed alla giustizia. Vedi Tommaso Nani nelle sue annotazioni a Gin, *tomo* V, *pag.* 309, *n.* 115.

evitare le funeste conseguenze di un arbitrio che potrebbe essere spesso imprudente, le nuove leggi di accordo stabiliscono, che in tali casi il locatore debba intimare anticipatamente un congedo al fittaiuolo, serbandosi le dilazioni stabilite dagli usi locali; art. 1582 (-1736-).

Se poi l'affitto sia stato fatto con iscrittura ed a termine fisso, è chiaro che non vi è bisogno di congedo, e che la locazione cessar dee di pieno dritto nel tempo fissato dal contratto; art. 1583 (-1737-).

In ogni caso poi, tanto negli affitti verbali, quanto in quelli fatti con iscrittura, può darsi luogo alla tacita riconduzione, quando al termine dell'affitto il conduttore continuasse nel suo godimento, senza che il locatore curasse di espellerlo; ma in tal caso la riconduzione s'intende fatta colle stesse condizioni della prima, meno che per la durata che si determina secondo le regole relative alle locazioni fatte senza scrittura, e meno che per le ipoteche e fideiussioni che si trovassero convenute nella prima scrittura, e che non s'intendono continuate nella seconda; art. 1584 ad 1586 (-1738 *a* 1740-).

La tacita riconduzione però non avrà mai luogo, quando il locatore avrà manifestato una volontà contraria, sia con aver intimato il congedo, sia con aver domandato il rilascio della cosa locata, sebbene il fittaiuolo avesse continuato nel godimento, malgrado l'intimazione fattagli; art. 1585 (-1739-).

Sul terzo modo di risolvere il contratto di locazione, è da osservarsi, che quando il locatore abbia affittato ad altri il fondo sublocato senza esserne il proprietatrio, con lo spirare del termine del suo contratto, si risolve anche quello del sublocatore, lo che avviene egualmente negli affitti fatti dal tu-

tore, dall' usufruttuario, dal marito per i beni dotali, dal compratore col patto di ricompra, vigendo la massima: *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*. Vedi gli articoli 520, 1400, 1401, 1519 e 1564 (-595, 1429, 1430, 1673 *e* 1718-) (1).

L' acquirente però a titolo oneroso, ed anche quello che divenisse aggiudicatario di fondi venduti all' asta pubblica, per dritto francese non potevano godere di tal facoltà, in contraddizione di ciò che stava stabilito colla famosa legge *Emptorem*, ch' è la 9 *cod. de locat. conduct.*, quando il conduttore avesse una scrittura di data certa anteriore alla vendita, meno che non si fosse espressamente convenuto col contratto di locazione, che il locatore si riservava un tale dritto in caso di vendita; art. 1743 *cod. franc.*; ma le nuove leggi per lo regno delle Due Sicilie accordano all'aggiudicatario il dritto di risolvere il contratto, quando il prezzo dell' aggiudicazione si fosse in tutto o in parte pagato a'creditori aventi un' ipoteca sulla cosa locata anterior-

---

(1) Coll' articolo 540 si sanziona che l' usufruttuario, affittando il fondo su cui cade l' usufrutto, è tenuto di uniformarsi per la durata dell' affitto, e pel tempo in cui questo debba essere rinnovato, alle regole stabilite pel marito riguardo a' beni dotali.

Cogli articoli 1400 e 1401 si stabilisce che il marito non possa nè affittare i beni, della moglie per la durata oltre un novennio, nè rinnovare l' affitto più di tre anni prima dello spirare dell' affitto corrente, se tali beni siano rustici, e di due anni prima, se tali beni sieno urbani.

L' articolo 1564 applica le istesse disposizioni alla locazione de' beni de' minori.

In fine, l' articolo 1519 ordina che gli affitti fatti dal compratore col patto di ricompra debbono essere rispettati dal venditore che rientra nel possesso de' fondi venduti, quando sieno stati fatti senza frode.

mente alla locazione istessa, e ciò sulla considerazione che, vendendosi coll' autorità della giustizia il fondo locato, il conduttore non può esercitare l' azione personale contro dell' acquirente che non ha stipulato con lui, e d' altronde, essendo la locazione convenuta della cosa intera, l'aggiudicatario non deve mantenerla in parte, tosto che uno de'creditori, a' quali l'aggiudicatario si è surrogato per ministero di legge, acquista il dritto di vendere la cosa intera obbligata al suo credito; art. 1588 e 1590.

In ogni caso però che avvenga la risoluzione del contratto di fitto per le cause sopra espresse, se il compratore voglia far uso della facoltà riservata col contratto di fitto, non può espellere il colono o l' inquilino nel caso di vendita, se non dopo un' intimazione fatta nel termine de' congedi, trattandosi di fondi urbani, ed un anno prima, trattandosi di fondi rustici, e se non dopo soddisfatto il conduttore de' danni e degli interessi avvenutigli per l' anticipata risoluzione del contratto; art. 1594 e 1595 (- 1748 *e* 1749 -).

I danni ed interessi poi sono dovuti colle seguenti proporzioni, cioè, se si tratta di casa, di appartamento o di bottega, al fittaiuolo è dovuta una somma eguale alla pigione, per quel tempo che la consuetudine locale accorda tra 'l congedo e l' uscita.

Se si tratta di fondi rustici, si deve al colono il terzo del fitto, per tutto il tempo che dovrebbe trascorrere pel compimento dell' affitto.

Se, in fine, si tratta di manifatture, di fabbriche, o di altri stabilimenti, l'indennità dev'essere determinata dal giudizio de' periti; art. 1591, 1592 e 1593 (- 1745, 1746 *e* 1747 -).

Ove però la locazione non siasi fatta con at-

to autentico, e non abbia data certa, il fittaiuolo non ha dritto ad intennizzazione alcuna; art. 1596 (- 1750 -).

Allontanandosi le nuove leggi dalle disposizioni del dritto romano sanzionano, che il compratore con patto di ricompra, durante i termini del ritratto, non possa usare della facoltà di espellere l'inquilino o il fittaiuolo, finchè non diventi irrevocabile il suo dritto; art. 1597 (- 1751 -).

In quanto al quarto modo di risolvere il contratto è da osservarsi, che la perdita della cosa locata, facendo cessare il godimento che forma l'essenza della locazione, non può farla ulteriormente sussistere, mentre la morte del locatore e del conduttore non produce gl' istessi effetti, perchè le obbligazioni personali son tutte trasmessibili agli eredi ed aventi causa; art. 1587 e 1588 (- 1741 *e* 1742 -) (1).

In fine, sul quinto modo di risolvere il contratto di fitto, osserviamo, che quando il locatore ed il conduttore mancano rispettivamente alle loro obbligazioni, il contratto non si risolve *ipso iure*, ma può ben risolversi coll'autorità del magistrato, giacchè l'inadempimento contiene una condizione risolutiva tacita, che dà dritto alle parti di chiederne

(1) Senza dubbio le obbligazioni nascenti dal contratto di fitto come personale sono trasmessibili agli eredi, e questa regola generale viene chiaramente sanzionata dall' articolo 1788 (- 1742 -). L' eccezione stabilita coll' articolo 1641 (- 1795 -) non fa che confermare la regola, poichè, trattandosi di una locazione di opera, l' obbligazione del conduttore non è semplicemente personale, ma va tra la classe delle obbligazioni *meramente* personali, *quae personae coherent, et ad alios non transeunt*, mentre la fiducia che il locatore ripone sull' abilità personale del conduttore è stata la causa del contratto.

la risoluzione, ed impone al magistrato l'obbligo di pronunziarla; art. 1137 e 1610 (-1184 e 1764-).

Sezione II.

Regole particolari per le locazioni delle case.

Teorie del dritto romano sul proposito.

§. 61. Gli affitti delle case richieder doveano necessariamente regole particolari che non isfuggirono alla saggezza de'romani giureconsulti, e che raccolte e sviluppate da Domat e da Pothier sono state quasi letteralmente ritenute dalle nuove leggi. Noi qui esponiamo solamente quelle che non sono state abbracciate da' novelli legislatori, e che possono ridursi alle reguenti:

1. Per dritto romano il contratto di locazione e conduzione produceva un'azione personale *ex stipulatu;* per lo che, in caso di subaffitto, il primo locatore non potea dirigersi contro il secondo conduttore, che non avea contrattato con lui; principio non adottato dalle nuove leggi. Vedi l'intero titolo del digesto e del codice *de locato conducto.*

2. De'deterioramenti avvenuti sulla cosa locata, l'inquilino non era tenuto se non quando vi fosse stata colpa lieve per parte sua, ma le riparazioni locative erano a suo carico, come per dritto vigente. *LL.* 29 *ff. locat.*, e 28 *cod. de locat. conduct.*

3. Quando il conduttore era espulso dalla casa per abuso della cosa locata, era tenuto a' danni ed interessi, ma non dovea pagar la mercede se non pel tempo in cui avea goduto la casa. *Nov.* 120, *cap.* 8, *e l.* 30 *ff. locat.*

4. Il proprietario di una casa avea sempre il dritto di far iscioglière il contratto, quando la casa servisse per uso proprio, ciò ch' era stabilito per

un privilegio in favore del proprietario dalla famosa legge *haede* 3 *cod. de locat. conduct.*; ma questo privilegio non è stato ritenuto dalle nuove leggi, come vedremo col §. seguente.

Regole particolari per gli affitti delle case o de' mobili per dritto francese e vigente.

§. 62. Le regole particolari per le locazioni delle case o de' mobili non sono che il compimento delle regole generali espresse colla sezione precedente. Esse son distaccate le une dalle allre, e riflettono 1. le assicurazioni da darsi al proprietario; 2. le riparazioni locative; 3. il termine per 'l quale s' intende fatto l' affitto de' mobili; 4. la tacita riconduzione; 5. le cause e gli effetti della risoluzione del contratto.

Per ciò che riguarda la garentia del locatore, la legge determina che l'inquilino dee fornire la casa di mobili sufficienti per rispondere dell' affitto, o deve dare fideiussione, sotto pena di poter essere espulso dalla casa locatagli; ma non determina la porzione ch'esister deve fra il valore de' mobili, ed i fitti scaduti o da scadere, rimettendosi per questa parte agli usi particolari; art. 1598 (-1752-).

In caso di sublocazione, la garentia del proprietario è la stessa che del primo affitto, ma il sublocatore non è tenuto verso di lui se non sino alla concorrenza del prezzo del subaffitto e per quel che può dovere nel momento del sequestro fatto nelle sue mani, dovendosigli bonificare i pagamenti che avesse fatti al proprietario, purchè non siano anticipati oltre i termini fissati dalla convenzione o dalla consuetudine; art. 1599 (-1753-) (1).

---

(1) L' articolo 1753 del codice francese non ammetteva in favore del subinquilino nè le anticipazioni di uso,

Le nuove leggi concordemente determinano che le riparazioni locative sono a carico dell'inquilino, se non vi sia patto in contrario; e nel rimettersi alla consuetudine de' luoghi, dichiarano che debbono intendersi per tali le riparazioni da farsi a' focolari, frontoni, stipiti ed architravi de' cammini; all' incrostamento nel basso delle muraglie degli appartamenti ed altri luoghi di abitazione, fino all'altezza di tre palmi; a'pavimenti e quadrelli delle camere, quando solamente alcuni di essi siano rotti; a'vetri, purchè non sieno stati rotti dalla grandine, o per qualche altro accidente straordinario e di forza irresistibile, per cui l' inquilino non può essere tenuto; alle imposte degli usci, a'telai delle finestre, alle tavole de' tramezzi, o alle imposte delle botteghe, a' cardini, chiavistelli e serrature; art. 1600 (- 1754 -).

Queste riparazioni, comecchè si suppongono cagionate dall' uso della casa o dalla mancanza d'attenzione per parte del fittaiuolo, sono sempre a suo carico; ma se sieno cagionate da vetustà o da forza irresistibile, sono a peso del locatore, come ancora è a suo carico lo spurgamento de'pozzi e delle laterine, se non vi sia patto in contrario; art. 1601 e 1602 (- 1755 *e* 1756 -).

In quanto al termine in cui si presume fatto un affitto di mobili per l'addobbo di una casa, di una bottega, di un appartamento, le nuove leggi

---

nè quelle fatte in vigore di una stipulazione convenuta col contratto; ma le nuove leggi coll' articolo 1599 sanzionano doversigli bonificare le sole anticipazioni di uso, come derivanti da una specie di convenienza. Con questa modificazione le nuove leggi proteggono le anticipazioni delle pigioni, senza recar pregiudizio al privilegio su i mobili che al solo proprietario principal locatore attribuisce la legge; art. 1971.

lo fissano all' istessa durata dell' affitto della casa, o del locale di cui il mobile serve di addobbamento; art. 1603 (-1757-).

Se poi siasi affittato un appartamento guarnito di mobili, l'affitto si reputa fatto ad anno, quando si è convenuta la pigione ad un tanto per anno; a mese, se la pigione è a un tanto per mese; a giorno, quando fu pattuita ad un tanto per giorno; ed ove non si possa provare che l'affitto siasi fatto ad anno, a mese, o a giorno, si deve riputar fatto secondo la consuetudine locale; art. 1604 (-1758-).

In quanto alla tacita riconduzione le nuove leggi dispongono, che se terminato l'affitto fatto con iscrittura l' inquilino continua nel godimento colla scienza e pazienza del proprietario, deve intendersi che lo ritenga colle stesse condizioni del contratto scritto, meno che per la durata la quale viene determinata dalla consuetudine de' luoghi; nè potrà più uscirne, od esserne espulso se non dietro un congedo intimato nel termine stabilito dalla consuetudine istessa; art. 1605 (-1759-).

In fine, indipendentemente dalle altre cause che possono dar luogo alla risoluzione del contratto di locazione espresse colla sezione precedente, §. 60, il fitto delle case può risolversi per colpa dell' inquilino, ma giammai per privilegio del proprietario, il quale volesse abitare egli stesso la casa locata, come disponeva il dritto romano colla famosa legge *aede*, meno che non si avesse riservata questa facoltà col contratto di locazione (1). Risolven-

(1) La facoltà arbitraria del proprietario di espellere l' inquilino, quando volesse abitare la casa per uso proprio, rendeva sovente illussorio un contratto, il quale non deve più che ogni altro dipendere dalla volontà di una parte sola.

dosi il contratto, nel primo caso l'inquilino, oltre il risarcimento de' danni e degli interessi risultanti dall'abuso della cosa locata, è tenuto a pagar la pigione pel tempo necessario a potersi procurare una pigione novella. Risolvendosi poi per la facoltà riservatasi dal proprietario, è questi tenuto di dare anticipatamente il congedo all'inquilino nel tempo fissato dalla consuetudine de'luoghi; art. 1606, 1607 e 1608 (-1760, 1761 *e* 1762-).

Sezione III.

Regole particolari per le locazioni de' fondi rustici.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 63. Le teorie del dritto romano sono state ritenute da' nuovi legislatori relativamente alla locazione de' fondi rustici, e saranno da noi esposte col paragrafo seguente. Solo qui osserviamo 1. che il colono parziario, essendo considerato come un socio dal dritto romano, non poteva colla cessione della colonia pregiudicare i dritti del locatore, ma solamente chiamare a sè un socio nella colonia istessa. *LL.* 25 *ff. locat.*; 19, 20, 58 *e* 65 *ff. pro socio.* 2. Che quando in un contratto di locazione fatto a corpo, il fondo fosse di una misura maggiore di quella espressa col contratto, il conduttore non era tenuto ad aumentare la mercede; ma, viceversa, avea dritto ad una diminuzione, se

---

Questa facoltà metter poteva ostacolo o nuocere agli stabilimenti utili, i quali per formarsi ed estendersi con confidenza hanno bisogno di essere assicurati da un godimento fisso e durevole.

la misura si trovasse minore. Per l'opposto, quando l'affitto si fosse fatto a misura, vi era sempre luogo ad aumento o diminuzione, secondo che la misura si trovasse maggiore o minore di quella che era stata convenuta. Vedi gl'interi titoli del codice e del digesto *locati*, *conducti*. 3. Che, finalmente, per ciò che riguarda i mezzi per garentire al proprietario la coltura de' fondi locati, la percezione degli estagli, le indennità che può rappresentare il conduttore per la perdita delle sue ricolte, in fine, sull'epoca del termine degli affitti, e gli obblighi che in tal rincontro assistevano il locatore ed il conduttore, le disposizioni del dritto romano sono state letteralmente ritenute dalle leggi francesi e vigenti.

Delle regole particolari per le locazioni de' fondi rustici per dritto francese e vigente.

§. 64. Le regole particolari relative al fitto de' fondi rustici, come osserva il tribuno Mauricault, *esposizione de' motivi del codice francese*, *n.* 76, sono anche il compimento delle regole generali da noi esposte co' §§. 56 a 60, ed hanno richiamato la particolare attenzione del legislatore, perchè l'affitto de' terreni interessa più particolarmente l'agricoltura, ch'è l'alimento delle famiglie e dello stato sociale (1).

---

(1) Il commercio, che nasce naturalmente dall'agricoltura, ritorna ad essa per mezzo della sua propensione e circolazione; come i fiumi ritornano al mare che li ha prodotti mercè l'esalazione delle sue acque in vapori, e la caduta de' suoi vapori in acque. La pioggia di oro, che attirano il trasporto ed il consumo delle produzioni della terra, ricade finalmente sulle campagne, per riprodurvi tutti gli alimenti della vita e le materie del commercio. Senza la coltura delle terre, ogni commercio è precario; perocchè man-

Queste regole hanno per iscopo 1. il dritto di sublocazione; 2. i mezzi per garentire al proprietario una coltura conveniente; 3. la percezione degli estagli; 4. la custodia che il conduttore dee gelosamente serbare del fondo locato; 5. le indennità che il conduttore può pretendere per la perdita della cosa locata; 6. il termine degli affitti de' fondi rustici e la tacita riconduzione; 7. in fine, gli obblighi che assistono reciprocamente il conduttore ed il locatore nel termine dell'affitto, onde non soffrisse alcun ostacolo la coltura delle terre.

Per ciò che riguarda il dritto di soblocazione, le nuove leggi, adottando il principio delle leggi romane, sanzionano, che il colono parziario, o sia

---

cano a questo i primi capitali, che sono i prodotti della natura. Le nazioni che sono marittime, o commercianti, godono de' frutti del commercio; ma l'albero non appartiene che a' popoli agricoli. L'agricoltura è dunque la prima e la vera ricchezza degli Stati. Ciò è quello che avevano trascurato i romani nell' entusiasmo di quelle conquiste che avevano loro data tutta la terra senza coltivarla. Ciò è quello che avevano ignorato i barbari, i quali, distruggendo col ferro un impero stabilito col ferro, lasciarono agli schiavi la coltura delle terre, delle quali si riservavano i frutti e le proprietà. Ciò è quello che non fu conosciuto anche nel secolo che seguì la scoperta delle due indie; o perchè l'europa si trovava troppo occupata nelle guerre, ovvero perchè le conquiste fatte dal Portogallo e dalla Spagna al di là de' mari, avendo recati tesori senza travaglio, si pensava solamente a goderne per mezzo del lusso e delle arti, senza darsi alcuna premura di perpetuare quelle ricchezze.

Ma giunse il tempo in cui mancò la preda per difetto di pastura, e quindi l'Inghilterra, la Francia, l'Allemagnà e tutto il nord si sono posti in moto per ridurre a coltura le loro terre, facendo a gara tutti i governi nell' accordare la loro protezione più tosto alle campagne, che alle città. Vedi Raynal, *storia filosofica e politica*, *tomo* 18, *cap.* 7.

quello che coltiva il terreno sotto la condizione di dividere i frutti col locatore, non può nè sublocare, nè cedere il fondo locato, senza il permesso del locatore, e se contravviene a quest' obbligo, il locatore ha dritto di domandare la risoluzione del contratto unitamente a' danni ed interessi; art. 1609 e 1610 (-1763 *e* 1764-).

Per ciò che riguarda le indennità che il proprietario, od il fittaiuolo, potrebbe pretendere per eccesso o mancanza nella misura della cosa locata, le nuove leggi dispongono, che in mancanza di stipulazione espressa non si possa dar luogo ad indennità, se la misura non eccede, o è minore di un vigesimo di più o di meno di quello che si è espresso col contratto; art. 1611 (-1765-),

Poichè il conduttore di un fondo rustico è un vero gestore del proprietario, le nuove leggi, nella veduta di garentire a quest'ultimo una conveniente coltura, stabiliscono che il locatore possa far disciogliere il contratto, e chieder anche secondo le circostanze i danni ed interessi, se il fittaiuolo non lo fornisca del bestiame e degl' istrumenti necessarii per coltivarlo; se ne abbandona la coltivazione; se non coltivi da buon padre di famiglia; se impiega la cosa locata ad altro uso diverso da quello cui è destinata; o generalmente se non esegue i patti dell'affitto e ne risulti danno al locatore; art. 1612 (-1766-).

Sempre nell'istessa veduta di garentire al proprietario gli estagli, non meno che la proprietà che trovasi in potere del fittaiuolo, le nuove leggi dispongono, che il conduttore dovesse riporre i frutti del fondo locato ne'luoghi destinati a norma del contratto, e che nel termine stabilito per le citazioni dovesse prevenire il locatore di tutti i danni che si commettessero ne'fondi, sotto pena di danni, interessi e spese; art. 1613 e 1614 (-1767 *e* 1768-).

Avvenendo la perdita di parte o di un' intera ricolta per caso fortuito, le nuove leggi dispongono, che se l' affitto siasi fatto per più anni, ove il conduttore soffrisse la perdita di una ricolta intera, od almeno della metà, il fittaiuolo possa domandare una diminuzione dell' estaglio, se non sia rinfrancato dalle ricolte precedenti, dovendosi al termine dell'affitto fare il calcolo di tutti i frutti percepiti pendente la sua durata, ed intanto il giudice può sospendere il pagamento dell'estaglio, in proporzione del danno sofferto, con una sentenza provvisionale remissiva al calcolo da farsi in fine dell'affitto. Se poi il contratto ha durato per un anno solo, il giudice può ordinare un escomputo, quando la perdita sia almeno della metà de' frutti; ma in ogni caso l' escomputo non dee mai ammettersi, quando la causa del danno era esistente al tempo del contratto, come p. e. per alluvione avvenuta in un fondo contiguo al fiume; nè sarà mai dovuto l' escomputo, quando la perdita è avvenuta dopo che i frutti sono stati raccolti dal suolo, meno che non si trattasse di colonia parziaria, quando il colono è tenuto a dare al proprietario una parte de' frutti in natura; art. 1615, 1616 e 1617 (-1769, 1770 *e* 1771 -).

Può non pertanto il conduttore sottoporsi a'casi fortuiti per effetto di una convenzione, ma in questa ipotesi la convenzione non si estende che a'casi fortuiti ordinarii, come la grandine, il fulmine, la gelata, la brina; non mai a'casi fortuiti estraordinarii, come la guerra, le inondazioni ec., meno che col contratto non si sia rinunziato a'casi preveduti o non preveduti; art. 1618 e 1619 (-1772 *e* 1773-) (1).

---

(1) I prammatici, dietro l'autorità del Bartolo, distinguevano i casi fortuiti soliti ed ordinarii, dagl' insoliti ed

In quanto all' epoca del termine degli affitti de' fondi rustici, bisognava che la legge vi avesse provveduto in mancanza di convenzione speciale, determinandosi in tal caso per mezzo delle presunzioni che nascono dalla natura de' beni rustici. Il fittaiuolo sicuramente impiega il suo lavoro ad oggetto di raccogliere i frutti del fondo locato, e quindi in mancanza di convenzione, allorchè il tempo della ricolta è finito, la legge dovea necessariamente dichiarare terminato il contratto *ipso iure*, senza bisogno dell'interpellazione giudiziale. Se si trattasse di terre coltivabili a vicende alternative, l' affitto s' intende spirato al termine della ricolta de' frutti di ciascuna vicenda. Se, in fine, il fittaiuolo dopo raccolti i frutti si lascia continuare nel possesso del fondo locato, si presume che il locatore abbia acconsentito ad una tacita riconduzione uniforme al primo affitto, al prezzo ed alla durata; art. 1620, 1621 e 1622 (- 1774, 1775 *e* 1776 -).

In fine, perchè la coltura de' terreni non soffrisse il menomo detrimento, il fittaiuolo al termine dell'affitto dee lasciare al suo successore i locali opportuni pe' lavori dell'anno avvenire, per le ricolte da farsi sul consumo de' foraggi, non che la paglia ed il letame, se ne ha ricevuto nel suo ingresso, obbligo ch'è comune a tutti i conduttori de' fondi rustici, sempre però servate le consuetudini del luogo; art. 1623 e 1624 (- 1777 *e* 1778 -).

---

estraordinarii, ed insegnavano che, ove si fosse convenuto che il conduttore dovesse essere sottoposto a' casi fortuiti, la convenzione non dovesse estendersi a' casi insoliti ed estraordinarii. Vinnio, *quistioni scelte*, *lib.* 2, *cap.* 1, ha combattuta questa distinzione; ma Averanio, *interpetrationis iuris*, *lib.* 2, *cap.* 26, e Domat, *lib.* 1, *tit.* 4, *sez.* 4, *n.* 6, hanno vendicata la dottrina di Bartolo e de' prammatici, ch' è stata adottata dalle nuove leggi.

CAPITOLO III.

Della locazione delle opere e della industria.

Teorie del dritto romano sulla locazione delle opere e della industria.

§. 65. I servigii, il lavoro, l' industria, possono formare oggetto del contratto di locazione, perchè, come abbiamo altrove osservato, tutto ciò che tende a migliorare la nostra esistenza, può esser oggetto delle contrattazioni sociali, ma tanto il dritto romano, quanto le nuove leggi presentano poche regole relative a questa specie di contratti, rimettendosi alle regole generali della locazione delle cose, per lo che noi c'ingegneremo di riunirle ne'paragrafi che seguono, perchè i giovani tironi possano farne più agevolmente l' applicazione.

Presso i romani ognuno sa che poteasi vendere la propria libertà, donde la servitù personale di cui ebbe a dolersi per tanti secoli europa tutta. Era quindi ancora permesso di potersi locare in perpetuo la propria opera, mediante una determinata mercede, e questo contratto, sia che fosse temporaneo, sia che fosse perpetuo, dicevasi *locatio operarum*, col quale il locatore era quegli che prestava l' opera, mentre il conduttore era quello che pagava la mercede, come rileviamo dalle leggi 13, 22 e 25 *ff. locati, conducti;* 5 *ff. de praescript. verb.*; 5 *ff. de stat. homin.; Institutionum*, §. 4, *de iure personarum*. Abolita però la servitù colla novella 59 dell' imperator Leone, la locazione delle opere non era più che temporanea, non potendosi niuno obbligare che a tempo e per una determinata impresa, come rileviamo dalla legge 13 *ff. ad leg. aquil.*

Distinguevasi presso i romani la locazione delle opere de' domestici, da quella de'vetturini per terra o per acqua, e finalmente dalla locazione degl'intraprenditori, e di coloro che si assumessero il peso di costruire per appalto un edifizio, od un altra opera qualunque, e che noi esporremo co' §§. che seguono; ma tutte tre queste specie di contratti avevano ciò di comune ch' era indispensabilmente necessario per l' essenza di tali contratti 1. un lavoro da farsi; 2. un prezzo; 3. il consenso de' contraenti.

Ecco perchè Giustiniano colle sue istituzioni, *lib.* 3, *tit.* 25, *de locato., conducto*, enumerando alcuni contratti dubbii, dice, che quando l' eperaio somministra la materia, il contratto è di vendita; quando, all'incontro, gli si somministra la materia di quel lavoro che gli è stato commesso, è un contratto di locazione (1).

---

(1) Questi stessi principii sono stati consagrati colla legge 20 *ff. de contrah. empt.*, come osserva Vinnio, *commentario alle istituzioni*, *titolo della locazione*, comunque alcuni dottori avessero creduto di sostenere il contrario sull' autorità del giureconsulto Paolo espressa colla legge 22 *ff. de locat. conduct.* Dal confronto di tali due testi si possono stabilire i seguenti canoni: 1. quando l' artefice riceve la cosa che forma la materia dell' opera da colui, per il quale l' opera stessa dev' eseguirsi, esistono i veri termini della locazione; 2. quando l' artefice somministra egli stesso la materia per il lavoro, l' oggetto principale viene considerato nella materia stessa, e l'opera dell'artefice non può considerarsi che accessoria alla vendita della materia lavorata; 3. quando, in fine, l'artefice riceve la cosa principale dal locatore dell' opera, siccome l' aria per la fabbrica di un edifizio, allora il contratto è di vera locazione, perchè i materiali necessarii per l' edifizio non si distinguono dalle opere dell'artefice. Vedi Tommaso Nani, *notazioni a Gin*, *tomo V*, *pag.* 271, *nota* 95.

Della locazione delle opere e della industria per dritto francese e vigente.

§. 66. Il contratto della locazione delle opere e della industria non poteva non richiamare l'attenzione de' novelli legislatori, perchè, mediante il lavoro ed i servigii personali, la proprietà fondiaria riceve que'soccorsi e quello sviluppamento, di cui altronde mancherebbe al certo in un secolo nel quale le scienze, le arti, il commercio e la navigazione non lasciano nè il tempo, nè i mezzi necessarii per la coltura. È per mezzo de' servigii personali che la proprietà si conserva, l'agricoltura si perfeziona, ed una classe numerosissima, la quale non ha altre proprietà che le sue braccia, ritrae da esse la sussistenza per sè e per la sua famiglia. I contratti di questa specie, per disposizione delle nuove leggi, si riducono a tre, cioè 1. a quella delle persone, che obbligano la loro opera all' altrui servizio; 2. a quella de' vetturali sì per terra, che per acqua, che s' incaricano del trasporto delle persone o delle cose; 3. a quelle degl' intraprenditori di opere ad appalto, o cottimo. Noi ci occuperemo partitamente di queste tre specie nelle sezioni che seguono.

Sezione I.

Della locazione delle opere de' domestici e degli operai.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 67. Dopo abolita la servitù personale, la prestazione dell' opera di un domestico, divenuta temporanea, obbligava il locatore ch' era l' operaio od il domestico a prestare il servizio che si era incaricato di fare, non che eseguirlo con esat-

tezza, ed al tempo convenuto secondo l'incumbenza affidatigli. Vedi gli interi titoli del digesto *de regulis iuris*; e *locati, conducti*.

Il conduttore, per l'opposto, era nell'obbligo di pagargli la dovuta mercede nel tempo e nel modo convenuto, meno che non si fosse determinato il prezzo della locazione, nel qual caso dovevasi rimettere all'uso del luogo ove erasi prestato il servizio. Ove però vi fosse contrasto sul salario e sul suo pagamento, dovevasi ricorrere ai mezzi ordinarii di pruova, poichè la legge 15, *cod. de fide instrum.* dell'Imperator Costantino, era senza eccezione applicabile a tutte le specie de'contratti.

Della locazione delle opere de' domestici e degli operai per dritto francese e vigente.

§. 68. Le nuove leggi, dopo avere proclamato il principio che garentisce la libertà individuale, di non potersi obbligare che a tempo i servigii personali, allontanandosi dalle norme del dritto romano, stabiliscono che se la locazione sia eseguita, e vi sia disputa sul salario dell'operaio, o sul suo pagamento, il giuramento del padrone debba decidere per la quantità della mercede, pel pagamento del salario dell'annata decorsa, e per le somministrazioni fatte in conto dell'annata corrente; articoli 1626 e 1627 (-1780 *e* 1781-).

Per una conseguenza poi della massima stabilita coll'articolo 1096 (-1142-), ove l'operaio, o il domestico, non avesse ancora eseguito il contratto di locazione prestando la sua opera, non può essere obbligato a prestarla; ma se vi ha la pruova di essersi fatto il contratto senza determinarsi il prezzo, l'operaio ed il domestico possono essere tenuti a' danni ed interessi, ove si rifiutassero di prestare il servizio convenuto.

Sezione II.

De' vetturali per terra e per acqua.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 69. Nel digesto sotto i titoli *de nautis, cauponis, stabulariis ec., de exercitoria actione et de institutoria actione*, troviamo espressi tutti gli obblighi a cui erano tenuti i vetturali per terra e per acqua, e ch' erano i seguenti: 1. dovevano custodire le cose che riceveano da'viandanti; 2. dovevano rispondere non solo delle colpe proprie, ma anche di quelle della loro famiglia, delle persone addette al loro servizio, ed, in fine, del danno che poteasi cagionare dagli estranei. Questa risponsabilità era loro comune, quando anche non avessero ricevuto mercede; nel qual caso però erano tenuti coll' azione *depositi*, e non già coll' azione *in factum*, come rileviamo dalla legge 6 *ff. de nautis, caup. ec.*

De' vetturali per terra e per acqua per dritto francese e vigente.

§. 70. Le nuove leggi non danno alcuna regola particolare relativa i vetturali per terra e per acqua, perchè loro sono comuni le regole generali sulle locazioni delle opere. Esse, quindi, non si occupano che della risponsabilità cui i vetturali sono sottomessi, fissando le seguenti norme:

1. I vetturali per terra e per acqua sono considerati come depositarii necessarii, ed in conseguenza tenuti dalla custodia e conservazione delle cose loro affidate come ogni altro depositario.

2. Sono responsabili di tutte le perdite e sottrazioni che avvengono durante la loro custodia, meno che la perdita o la sottrazione non sia la

conseguenza di una forza irresistibile, o di un caso fortuito.

3. Rispondono non solo di ciò che hanno ricevuto nel bastimento o vettura, ma eziandio di quel ch' è stato loro consegnato sul porto, o nel luogo di ricapito, per essere riposto nel loro bastimento o vettura.

4. Debbono tenere un registro del danaro o degli effetti di cui s' incaricano per maggior sicurezza de' viaggiatori.

5. In fine, gl'intraprenditori e direttori di trasporti e delle vetture pubbliche, i padroni di barche e navigli debbono inoltre uniformarsi a' regolamenti particolari che fan legge tra essi e gli altri cittadini; art. 1628 a 1632 (-1782 *a* 1786 -).

Sezione III.

Degli appalti e de' cottimi.

Teorie del dritto romano relativamente agli appalti ed a' cottimi.

§. 71. Per *appalto*, o *cottimo*, s'intende « *quel-* » *l'atto che contiene le clausole, o le condizioni* » *cui si sottomettono il locatore ed il conduttore* » *dell'opera, tanto per la qualità e dettaglio dei* » *lavori da farsi, quanto pel prezzo.* » Vedi Dufur, sull' articolo 1787 *cod. franc.*

Per potersi regolare gl' interessi dell'operaio e del proprietario relativamente alla perdita o a'vizii dell' opera, le leggi romane sanzionavano le seguenti regole:

1. Che l' intraprenditore dovea rispondere dei difetti cagionati nella sua ignoranza, perchè *imperitia culpae adnumeratur*, come si esprime la legge *132 ff. de reg. iur.*

2. Che, quando l'intraprenditore erasi incaricato di somministrare i materiali, dovea rispondere della loro bontà e perfezione. *LL. 9 e 19 ff. locati, conducti.*

3. Che l'operaio ed artefice, i quali prendevano una cosa in loro potere per lavorarvi, erano tenuti in caso di perdita, anche se fosse questa avvenuta per caso fortuito. *LL.* 13 *e 40 ff. locati; e 34 ff. de damno infecto.*

4. Che se la cosa data all'operaio per farne lavori perisse nelle sue mani senza sua colpa, ma per difetto della cosa istessa, in questa ipotesi egli non era tenuto al danno se non quando l'avesse impresa a suo rischio e pericolo. *L.* 13 *ff. locati.*

5. Se si fosse dato qualche materiale ad un artefice per farne un lavoro al prezzo stabilito, e l'opera perisse pria di essere stata riconosciuta ed approvata dal padrone, l'opera periva per l'operaio; se l'opera si fosse convenuta a pezzi ed a misura, al termine di ciascun pezzo e dopo la misura, l'opera periva per il padrone; se nell'una o nell'altra ipotesi la cosa fosse perita per caso fortuito pria di terminarsi il lavoro, allora il padrone perdeva la cosa, e l'operaio avea il dritto al prezzo della mano d'opera, qualora questa fosse stata ben fatta.

Se l'edifizio nel tempo in cui si stava fabbricando perisse per caso fortuito, come tremuoto, inondazione ec., allora anche la perdita era a carico del padrone, e l'architetto avea dritto al prezzo della costruzione, meno che la costruzione dell'edifizio non fosse avvenuta per difetto di lavoro, nel qual caso dovea egli in vece indennizzare il padrone de' danni sofferti; se, in fine, un artefice s'incaricasse d'impiegare il suo materiale e la sua opera per un lavoro convenuto al prezzo fisso, in

questa ipotesi ogni perdita avvenuta per qualunque causa, anche per caso fortuito, pria di essersi l'opera consegnata, andava a carico dell'artefice, perchè tal contratto consideravasi come una vendita, non come una locazione. *LL.* 36, 37 *e* 59 *ff. locat.; 2 ff. eod.*; *Instit., §. 4, eod.*

6. In fine, tutti gli operai, che facevano un' opera qualunque, godevano di un privilegio legale tacito sulle opere da essi fatte, senza bisogno di convenzione, come lo godevano del pari i vetturini per terra e per acqua sulle mercanzie da essi trasportate, tanto per le spese di trasporto, quanto per il loro salario; *ll. 1 ff. in quib. caus. pignor. vel hypoth. contrah.*; *e 6 ff. qui potior. in pignor. habeant.*; e dell'istesso privilegio godevano coloro che avevano mutuato, donato, o fatto spese per la costruzione di un' opera, o di un edifizio, purchè apparisse dal titolo del credito la causa del mutuo. *L. 6 ff. eod.*

Degli appalti e de' cottimi per dritto francese e vigente.

§. 72. Le nuove leggi distinguono negli appalti o cottimi il contratto di vendita dal contratto di locazione. Allorchè l'artefice somministra la materia ed il lavoro, non trattasi che di un contratto di vendita, di cui le norme sono state da noi esposte col paragrafo 8; art. 1430 (-1585-); ed in conseguenza la cosa rimane a suo rischio prima di essere consegnata, meno che il padrone non fosse in mora di riceverla; art. 1633 e 1634 (-1787 e 1788-); ma se l'artefice impiega solamente il suo lavoro e la sua industria, le nuove leggi sanzionano le seguenti regole:

1. Che la perdita della materia è a carico del padrone, non potendo l'artefice rispondere che della colpa sua, o delle persone del suo servizio.

2. Che avvenendo la peidita per caso fortuito, l'artefice non possa pretendere mercede se non quando l'opera si fosse verificata, o che il padrone fosse stato in mora nel riceverla, o che finalmente fosse perita per difetto della materia; ma in quest'ultimo caso egli non ha nè anche dritto alla mercede, se il difetto era tale che l'artefice per ragion del suo mestiere avrebbe dovuto conoscerlo. Vedi Pothier, trattato *della locazione*, *n.* 55 (1).

3. Che quando il lavoro sia di più pezzi, o a misura, la verificazione può farsi in parte, e si presume fatta per quelle porzioni che il padrone si trovasse pagate all'artefice (2).

4. Che in qualunque modo siasi convenuto il lavoro, il padrone può sempre sciogliere il contratto, anche principiata l'opera, indennizzando l'appaltatore di tutti i danni, interessi e spese.

5. Che i muratori, falegnami, ferrari ed altri artefici, i quali fanno direttamente contratti a prezzo determinato, sono considerati come appaltatori per la parte alla quale s'impiegano; art. 1635 a 1645 (-1789 *a* 1799-).

In quanto agli appaltatori per la costruzione di edifizii, hanno luogo inoltre le seguenti regole particolari:

1. Che l'architetto, od intraprenditore, incaricato di costruire per appalto un edifizio, a tenore di un piano stabilito col proprietario, non può in

---

(1) Colla legge 36, *ff. locati, conducti*, si stabilisce perfettamente il contrario.

(2) Questa specie di locazione chiamavasi propriamente *in pedes mensurasque*, cui opponevasi la locazione di un'opera fatta per *adversionem*, o sia *uno pretio*. Vedi la legge 36 *ff. locati, conducti*, e Domat, *lib.* 1, *tit.* 4, *sez.* 8, §. 8.

verun caso domandare un aumento di prezzo per il valore della mano d'opera, nè molto meno per aggiunte, o variazioni fatte al piano convenuto, meno che non dimostri di essere state approvate in iscritto dal proprietario; art. 1639 (- 1793 -).

2. Che i muratori, falegnami ed altri artefici, i quali si sono impiegati alla costruzione di un edifizio, non hanno azione contro del proprietario se non fino alla concorrenza di quanto egli si trova in debito verso l'appaltatore nel tempo in cui si è intentata l'azione; art. 1644 (- 1798 -).

3. Che, finalmente, se l'edifizio costrutto perisse in tutto od in parte, sia per difetto del lavoro, sia per vizio del suolo, l'architetto o l'appaltatore debbono pel corso di dieci anni esserne risponsabili, ed indennizzare il padrone di tutti i danni ed interessi, poichè essi dovevano conoscere il difetto del suolo per ragion del loro mestiere, nè dovevano mancare all'adempimento esatto del lavoro; art. 1638 (- 1792 -).

Sulla considerazione poi che negli appalti e cottimi il contratto di locazione riposa principalmente su i talenti e sull'abilità personale dell'artefice, dell'architetto, o dell'appaltatore, le nuove leggi decidono, che per la morte de' medesimi il contratto si scioglie; ma i suoi eredi debbono essere rimborsati de' lavori fatti e de' materiali preparati, allorchè essi possono essere utili a' proprietarii; art. 1642 (- 1796 -) (1).

---

(1) Per dritto romano il padrone dell'opera dovea in ogni caso rimborsare gli eredi dell'artefice de' lavori da lui fatti in forza della legge 22 *ff. locat.* Oggidì, in forza delle nuove leggi, il dritto al rimborso non avrà luogo se non nel solo caso che i lavori fatti ed i materiali approntati fossero utili al proprietario, per le chiare disposizioni dell'articolo 1642 (- 1796 -).

Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente alla locazione e conduzione.

§. 73. Il dritto del nostro regno pria del 1809 seguiva i principii del dritto romano relativamente alla locazione e conduzione, salve le seguenti modificazioni:

1. Che, relativamente all'affitto delle case di Napoli e de' suoi sobborghi, in forza del bando della gran Corte del 1743 e della prammatica 4 *de locatione et conductione*, il padrone di casa era ammesso a domandare l'uso proprio, ed espellere in tal caso l'inquilino; e questo dritto poteasi esperimentare tanto per sè, quanto per i figli e per le figlie ed i fratelli in primo grado, purchè facessero un' istessa casa col padre, o col fratello.

2. Che, quando l'inquilino denunziato a sloggiare a motivo delle riparazioni, che doveansi fare sulla casa locata, dichiarava di voler rimanere soffrendo l'incommodo, non potea più pretendere remissione della pigione convenuta. Vedi la prammatica sopra citata.

3. Che, quando l'inquilino abusava della casa, potea essere espulso dall'autorità del giudice. Vedi la citata prammatica 4, §. 7.

4. Che, tanto l'inquilino di una casa, quanto il fittaiuolo di un fondo, non potevano, nè prima, nè dopo terminato l'affitto togliere, diroccare, o svellere quelle migliorazioni che si trovassero di aver fatte per proprio comodo; e che per le riparazioni ed accomodi necessarii, se il locatore non vi provvedesse dopo i quindici giorni dal dì della denunzia, potesse il conduttore farli a proprie spese, ritenendoli *pro rata* dalla quantità che pagava per l'affitto. Vedi la consuetudine *Si quis conduxerit, tit. de locat. conduct.*, ed ivi Carlo Antonio de Rosa, 24, *n.* 3.

5. Che, per effetto dell' istessa consuetudine, il conduttore potea rimanersi nel possesso del fondo locato, finchè non fosse stato soddisfatto delle spese da lui fatte nel fondo.

6. Che, in forza della consuetudine *Sed si fundum*, il locatore per le case di campagna dovea denunciare il congedo durante il mese di Maggio, per indi sloggiarsi in fine di Agosto, ed in forza della prammatica 3, *de locat. conduct.*, per le case di città, il congedo dovea intimarsi a' 17 Gennaio, per quindi principiarsi l' affitto nel dì 4 di Maggio. Pe' fondi rustici poi il congedo dovea farsi nel mese di Agosto, per principiarsi l' affitto dopo la vendemmia. Vedi la consuetudine *Non potest, tit. de locat. conduct.*

7. Che, non intimandosi il congedo, detto volgarmente *disdetta*, ne' tempi determinati dalle consuetudini pe' fondi rustici ed urbani, s' intendea stabilita subito la tacita riconduzione, la quale durava per l' intero anno susseguente. Vedi Scipion Rovito sulla prammatica 1, *de locat. conduct.*

8. Che, in forza della consuetudine *Sed si fundum*, al titolo *de locat. conduct.*, il conduttore non potea affittare ad altri la casa od il podere senza l' espresso consenso del padrone.

9. Che non vi era luogo ad escomputo pel danno avvenuto in alcuni frutti, quando poteasi compensare colla salvezza degli altri; a quale effetto dovea domandarsi dopo terminato l'affitto, nè si accordava al conduttore se non quando la perdita sorpassasse la metà de' frutti. Vedi l' arresto 324 della regia camera.

10. Che, in fine, la rinunzia all'escomputo, quantunque garentita dalle più ampie formole, non produceva alcun effetto, sembrando un' iniquità che il locatore esiger dovesse l' intera mercede, allor-

chè il conduttore per una forza irresistibile non avea potuto godere interamente della cosa locata. Vedi de Luca sopra de Marinis, *resolut. iur., lib.* 2, *cap.* 185.

CAPITOLO IV.

Della locazione a soccio.

SEZIONE I.

Della natura del contratto di soccio.

Teorie del dritto romano sul proposito.

§. 74. Il contratto di soccio è misto, e partecipa dell' affitto e della società. Esso non era ignoto a' romani, comunque Pothier, trattato *del contratto di soccio*, *pag.* 85 *a* 171, *vol.* 2, avesse sostenuto ch' è tutto nuovo, e che deve la sua origine agli statuti di Berry, del Bergerac, del Borbonese e del Nivernese. Invero, l' imperator Antonino colla legge 8, *cod. de pactis*, si esprime così: *si pascenda pecora partiaria* (*idest ut foetus eorum portionibus, quibus placuit inter dominum et pastorem, dividantur*) *Apollinarem suscepisse probabitur: fidem pacto praestare per iudicem compelletur.*

Un altro caso di contratto di soccida cel somministra Ulpiano colla legge 52 *ff. pro socio*, §§. 2 *e* 3, ove si riporta la sentenza di Celso del libro 7 de' digesti. Gotofredo, commentando detta legge, colla nota 20, dice: *qui boves pastori dat animo societatis in bobus contrahendae, rem ipsam praestat: pastor autem operam: valet haec societas. Nam velamentum, idest praestatio collatioque operae et artis, praetium est. Perinde*

est ac si praetium pastor conferret. Quippe industria eius, ac opera vicem praetii sustinet: ac ut societas valet uno rem, altero praetium conferente, ita hoc casu valebit uno boves, altero operas et artem conferente. Velamentum, idest praestatio operae et artis praetium est: praetii loco est (1).

Non è però men vero che presso i romani questo contratto mancava di un nome proprio, confondendosi tra i contratti innominati; per lo che gl' interpetri si imbarazzavano nel determinare le rispettive azioni che competevano al padrone degli animali parziarii, ed al conduttore con cui si era convenuta la ripartizione degli allievi (2); ond' è

---

(1) Vedi la nota 39 sul §. 52. Non mancano intanto anche tra gl' interpetri dell' antico dritto di coloro i quali insegnano che la legge 52, *ff. pro socio*, non contenga la specie di un contratto di soccida, poichè, essi dicono, o gli animali si davano ad oggetto di dividersi il frutto ed il capitale, ed in questa ipotesi il contratto era un vero contratto di società; o gli animali si davano a custodia per una certa mercede, ed in tal caso era una vera locazione regolata dalle norme indicate coll' intero titolo del digesto *locati, conducti*, e specialmente dalla legge 13 *ff. eod.* Vedi Ottomanno e Bartolo sulla *legge citata*.

(2) Donello, esaminando la quistione proposta, fa derivare l' azione del proprietario dalla società, mentre Ottomanno gli attribuisce l'azione *praescriptis verbis*, che si applicava a tutti i contratti innominati. Altri interpetri, per l' opposto, sostenevano, che l' azione attribuita dall' imperator Antonino al proprietario degli animali parziarii, non potea risultare dal contratto di fitto, perchè nella locazione la mercede ordinariamente consiste in danaro contante; *l.* 1 *ff. deposit.*; non potea nascere dalla società, perchè nell'esempio proposto colla legge 8, *cod. de pactis*, il custode degli animali non avea fatta alcuna società col proprietario degli animali medesimi relativamente al loro dominio; *l.* 13

che sotto questo riguardo possiamo ben convenire con Pothier, *luogo citato*, e con Argou, *istituzioni di dritto civile francese, tomo* 2, *lib.* 3, *cap.* 7, che le antiche consuetudini di Francia hanno dato un nome proprio a questo contratto, e che a quegli statuti noi dobbiamo le regole che i nuovi codici hanno improntate nel precisare i veri caratteri del contratto di soccida, e nel definire i rispettivi dritti ed obblighi del proprietario degli animali e del conduttore chè li custodisce per ripartirne gli allievi.

Definizione del contratto di soccio per dritto francese e vigente, e delle sue diverse specie.

§. 75. Il soccio, o soccida, *è un contratto col quale una parte dà all' altra animali di qualunque specie, suscettibili di aumento o di guadagno per l' agricoltura o pel commercio, ad oggetto di custodirli, nutrirli, ed averne cura, sotto le condizioni convenute;* art. 1646 (-1800-).

Questa definizione, ch'è stata del tribuno Mauricault, *esposizione de' motivi, n.* 76, esprime la vera natura di questo contratto, il quale partecipa degli affitti de' terreni, in quanto che il bestiame dato a soccio ordinariamente si dà per aumentare i frutti dell' agricoltura; partecipa della loca-

---

ff. de praescript. verb.; non poteva, in fine, nascere l'azione dal patto, perchè il patto non ne produceva alcuna. *L.* 27 *cod. de locat.* Vedi Gotofredo sulla legge citata, e sulla legge 52 *ff. pro socio.* Questa incertezza prova non già che il contratto di soccida era ignoto a' romani, come sostiene Pothier, ma che solamente non si erano precisati i caratteri, nè definiti i rispettivi dritti ed obblighi del proprietario e del conduttore, per cui si ondeggiava nel determinare l' azione che competeva all' uno ed all'altro per l'adempimento delle obbligazioni rispettivamente contratte.

zione d'opera, per le cure che il conduttore debbe avere degli animali dati a custodire; in fine, diventa un vero contratto di società, allorchè gli animali sono forniti metà dal locatore e metà dal conduttore.

Le nuove leggi riconoscono più specie di soccio, cioè 1. il soccio semplice ed ordinario; 2. il soccio a metà; 3. il soccio di ferro, o sia il soccio dato al colono parziario; 4. in fine, il soccio consistente nel guadagno de' vitelli, allorchè si dà una o più vacche a taluno per custodirle ed alimentarle; art. 1647 (-1801-).

Noi tratteremo colle sezioni seguenti delle diverse specie di soccio, ricordando solo il principio stabilito dalle nuove leggi, a differenza di ciò che trovavasi ordinato cogli antichi statuti, cioè che si può dare a soccio qualunque specie di bestiame capace di aumento o di utile per l'agricoltura o pel commercio; art. 1648 (-1802-).

Sezione II.

Del soccio semplice.

Della locazione a soccio semplice per dritto francese e vigente.

§. 76. Allorchè il bestiame si fornisce interamente da una delle parti, il contratto è di soccio semplice. Se il conduttore non è un colono parziario, hanno luogo le seguenti disposizioni:

1. Che il latte, lo stabbio ed il prodotto de'lavori degli animali appartengono per intero al conduttore: ma la lana e l'aumento del bestiame si dividono col locatore, col quale anche a metà debbonsi sopportare le perdite, essendo nulla ogni convenzione in contrario; art. 1657 (-1811-).

2. Che del bestiame dato a soccio dee farsi

una stima nell' atto del contratto, non ad oggetto di trasferire la proprietà al fittaiuolo, ma per determinare la perdita, od il guadagno, che potrà risultare terminato l' affitto, in qual' epoca dee farsi una seconda stima per ragguagliarsi al prezzo della stima in origine; art. 1652 e 1656 (-1805 *e* 1810-).

3. Che il fittaiuolo non è tenuto delle perdite avvenute per caso fortuito da sè solo, e per la totalità, se non quando siavi preceduta colpa per parte sua, a verificare la quale dee il locatore fornirne le pruove, siccome il conduttore dee somministrare le pruove del caso fortuito che allega: ma anche quando il caso fortuito è provato, il fittaiuolo dee sempre rendere conto delle pelli; art. 1652 a 1656 (-1806 *a* 1810-).

4. Che la regola di doversi la perdita sopportare a metà soffre eccezione, quando si verifica la perdita totale del bestiame per caso fortuito, nel qual caso essa ricade tutta a carico del locatore. Se poi la perdita è parziale, fatta la stima al termine del soccio, risultando questa inferiore alla stima in origine, il locatore prende tutto ciò che resta, e quindi la perdita si divide a carico comune; art. 1656 e 1663 (-1810 *e* 1817-).

5. Che rimanendo la proprietà del bestiame presso del locatore, nè questi, nè il fittaiuolo possono disporre nè del capitale, nè dell'aumento del bestiame, senza il consenso dell' altro, dovendosi quest' aumento dividere al termine del soccio; la lana poi si divide ogni qualvolta viene tosata, per lo che il locatore dev'esserne preventivamente avvertito; art. 1658 e 1660 (-1812 *e* 1814-).

6. Che in mancanza di convenzione speciale, il termine del contratto di soccio ha luogo dopo un triennio; ma il locatore può domandare anche

prima lo scioglimento, se il fittaiuolo non adempia alle sue obbligazioni; art. 1661 e 1662 (-1815 e 1816-).

7. Che, in fine, se il contratto di soccio si fa con un fittuale di un altro proprietario, debbe a costui notificarsi il contratto, altrimenti egli non perde il privilegio che gli accorda l'articolo 902 leggi di proced. civ., di far sequestrare e vendere gli animali del suo fittaiuolo per essere soddisfatto del prezzo della locazione.

Queste regole sono ancora applicabili allorchè il soccio si fa col colono parziario del locatore: ma in questa ipotesi può convenirsi 1. che il colono ceda al locatore la sua parte della lana tosata a prezzo minore del valore ordinario; 2. che il locatore abbia una porzione maggiore nel guadagno; 3. che abbia la metà del latte, senza però potersi mai convenire che la perdita dovesse andare tutta a carico del colono; art. 1674, 1675 e 1676 (-1828, 1829 e 1830-).

Sezione III.

Del soccio a metà.

Del soccio a metà per dritto francese e vigente.

§. 77. Il soccio a metà è una vera società tra il locatore ed il conduttore, poichè ciascuno conferisce la metà del bestiame, di cui è comune il guadagno o la perdita; ma il fittaiuolo profitta solo del letame, del latte e del lavoro degli animali, mentre il locatore non ha dritto se non sopra la metà della lana e dell'aumento; art. 1664, 1665 e 1666 (-1818, 1819 e 1820-).

La legge intenta a favorire la condizione del conduttore, al quale attribuisce esclusivamente il

latte, il letame ed il lavoro degli animali in compenso delle cure della custodia, ad oggetto di garentirlo dall'avidità del locatore, stabilisce che qualunque convenzione contraria è nulla; ma quando il locatore fosse il proprietario del podere, di cui il conduttore è colono parziario o fittaiuolo, allora può il locatore pattuire una porzione maggiore di guadagno, o una parte sul latte, sul letame o sul lavoro degli animali, perchè egli in tal caso provvede al nutrimento ed all' alloggio della porzione di gregge che al conduttore si appartiene; art. 1665 (-1819-).

Sezione IV.

Del soccio dato dal proprietario al suo fittaiuolo, o colono parziario.

Del soccio dato dal proprietario al suo fittaiuolo, o colono parziario per dritto francese e vigente.

§. 78. Questo soccio, chiamato ancora *soccio di ferro*, *è quello con cui il proprietario di un fondo nel conchiudere l' affitto dà al suo fittaiuolo taluni animali, col peso che nel termine della locazione costui gli lascerà bestiami di un valore eguale a quelli che avrà ricevuti nel momento del contratto.*

In questo contratto, come nel soccio semplice, il bestiame si fornisce tutto dal locatore; la stima non gli toglie la proprietà, ma la pone al rischio del conduttore, il quale deve soffrire ogni perdita anche per caso fortuito, e profitta di tutti i guadagni durante l' affitto, quando non vi sia stipulazione in contrario, poichè il locatore se ne compensa con la miglioria del fondo locato, in vantaggio della coltura di cui cede esclusivamente il letame, senza

che il fittaiuolo potesse vantarvi alcun dritto; art. 1667 a 1671 (-1821 *a* 1825-).

Questo contratto fa considerare gli animali dati a soccio come parte della locazione del fondo rustico, alla istruzione di cui sono addetti: per lo che i romani chiamavano *fundus instructus*, *o instrumenta fundi;* e per tal ragione al termine dell'affitto il fittaiuolo non può ritenere il bestiame, pagando il lavoro della stima primitiva, ma dee lasciare bestiami di egual valore di quelli che avrà ricevuti, e se vi è mancanza, dee pagarla appartenendogli solo l'avanzo; art. 1672 (-1826-).

Queste istesse regole sono applicabili al contratto di soccio, che si faccia col colono parziario; ma siccome in questo contratto il locatore, oltre al rimanere proprietario degli animali, partecipa unitamente al colono de' prodotti del fondo, al quale questo soccio è annesso; così, se avvenisse la perdita totale del bestiame senza colpa del colono, è in danno del locatore e non del fittaiuolo; nè si può stipulare il contrario, come osserva Mauricault, *esposizione de' motivi*, *n.* 76; art. 1673 (-1827-). Del resto, siccome abbiamo osservato col paragrafo precedente, si può convenire che il colono rilascerà al locatore la sua parte della lana tosata ad un prezzo inferiore del valore ordinario, e che il locatore istesso abbia la metà de' latticinii, ed una parte maggiore nel guadagno; art. 1674 (-1828-).

Sezione V.

Del contratto impropriamente chiamato soccio.

Del contratto impropriamente chiamato soccio per dritto francese e vigente.

§. 79. Le nuove leggi prevedono un altro contratto che impropriamente prende il nome di soccio

nel territorio di Orleans, ma che realmente è un contratto innominato. Questo consiste nella *consegna di una o più vacche, che si danno a custodire ed alimentare, con patto che il proprietario debba percepire il solo guadagno de' vitelli che nascono.*

A questo contratto impropriamente si dà il nome di soccio, poichè esso non partecipa nè del contratto della società, nè del contratto di locazione. In fatti, come osserva Pothier, trattato *della locazione, n. 71*, in questo contratto nulla le parti mettono in comune, e nulla hanno a dividere, perchè la proprietà delle vacche appartiene al padrone, il quale profitta anche del guadagno de' vitelli, nè vi è cosa locata ed un prezzo di locazione, perchè i latticinii ed i letami appartengono al custode delle vacche. Ad ogni modo, siccome questo contratto era usitatissimo in Francia, fu ritenuto dalle nuove leggi, ed il locatore ed il conduttore sono rispettivamente tenuti agli obblighi da noi espressi colla sezione II; art. 1650 a 1663 (-1804 *a* 1817-); meno che per la parte che riguarda il guadagno del locatore consistente nel profitto de' vitelli, e quello del conduttore consistente solo nel profitto de' latticinii e del letame.

Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente al contratto di soccio.

§. 80. Presso di noi pria del 1809, si praticava una sorta di affitto di animali, che si chiamava *a capo salvo*, in forza del quale il fittaiuolo si obbligava di pagare al padrone una pattuita annua somma, e di restituire fra un determinato tempo interi gli animali nello stesso numero e qualità. Vedi Aloe in Domat, *tomo* 1, *lib.* 1, *tit.* 4, *sez.* 1, *nota* 26. Questa era l' unica specie di contratto di soccio riconosciuta dalle nostre patrie leggi.

LEZIONE QUARTA.

Dell' enfiteusi.

Dell' origine dell' enfiteusi, sua natura e sua forma per dritto romano.

§. 81. Ne' bei giorni della libertà latina, allorchè liberi erano i cittadini, il dritto di dominio e di proprietà era anche individuo ed inseparabile nella persona di colui al quale la legge l' avesse attribuito o il dritto di successione, od un titolo d' acquisto. Ma le guerre e la conquista, avendo in seguito attribuito a' romani la maggior parte delle terre de' popoli vinti, mancanti questi di braccia per coltivarle, introdussero ben tosto quella distinzione di dominio utile e diretto, donde trae sua origine il contratto di enfiteusi (1).

Si sa che i campi pubblici tolti a' nemici o si dividevano a' soldati ed alla gente povera in forza delle leggi agrarie, o si facevano coltivare da' servi deditizii, ritraendosi un annuo tributo, detto *vectigale*, in favor della repubblica, che ne conservava il dominio diretto. Vedi Eineccio, *antichità romane*, *lib. 3*, *tit. 23*.

Si sa che molti municipii e molte città, non potendo altrimenti soddisfare i pesi pubblici, davano a coltivare parte de' fondi comunali, detti *agri vectigales*, ritraendo un' annua pensione da' coloni che acquistavano un dritto reale contro de' concedenti. Vedi il titolo del digesto *si ager vectigalis*.

---

(1) Circa l' origine dell' enfiteusi vedi gli autori delle pandette francesi, *tomo* 16, *pag.* 6 *e seg.*, non che Fabro, *nelle sue congetture*, *lib. X*.

In fine, rileviamo da Ulpiano, *l.* 3 *ff. de reb. eor. qui sub. tutel.*, che sin da' tempi di Alessandro Severo il contratto di enfiteusi erasi già adottato da' particolari, poichè quel giureconsulto, che visse precisamente in quell' epoca, previde il caso di un dritto enfiteutico spettante ad un pupillo, di cui niega al tutore la facoltà di alienare.

Checchè ne sia però di questa istorica ricerca, è certo che pria dell' imperator Zenone disputavasi tra i giureconsulti, se l' enfiteusi fosse una vendita od una locazione, e che quell' imperatore, colle leggi riportate nel codice *de iur. emphyt.*, ne fece un contratto di particolar natura, che venne poi conservato da Giustiniano colle sue instituzioni, §. 3, *de locat. conduct.*

Secondo i principii del dritto romano l' enfiteusi era un *contratto, con cui si concedeva a taluno un fondo coll' obbligo di migliorarlo, e di pagare annualmente una prestazione in danaro, o in derrate, che dicevasi canone, in ricognizione del dominio diretto del concedente.* Vedi l'intero titolo del codice *de iur. emphyt.*, e le istituzioni, §. 3. *de locat, conduct.*

Volle Zenone che il contratto di enfiteusi si comprovasse *interveniente scriptura*: ma, come osserva il Perezio e tutti gl' interpetri, la scrittura era richiesta *probationis causa*, mentre il solo consenso bastava alla sua perfezione, e la tradizione trasferiva il dritto *in rem*, come ne' contratti di vendita. Vedi Vinnio, *commento alle istituzioni*, §. 3, *de locat. et conduct.*

L' enfiteùsi poi era o temporanea o perpetua, ma nell' uno e nell' altro caso i dritti e gli obblighi del padrone diretto concedente e dell' enfiteuta erano sempre gl' istessi, come osserveremo co' paragrafi che seguono.

§. 82. Gli autori delle pandette francesi, *tomo* 16, *n.* 10, *pag.* 6, insegnano che anche dopo la pubblicazione del codice il contratto di semplice enfiteusi fosse tuttavia permesso in Francia, perchè non venne proibita espressamente che la sola enfiteusi qualificata, o sia signoriale; ma basta consultare il processo verbale delle discussioni per convincersi, che in Francia le enfiteusi furono abolite colla legge del 17 Luglio 1793, permettendosi le sole vendite o prestazioni puramente fondiarie e non feudali (1).

Ora ognun sa che la costituzione di rendita consiste nella cessione di un immobile, di cui il dominio si trasferisce nel concessionario col peso dell' annua prestazione redimibile; art. 453 e 454 (-530-); mentre nell'enfiteusi il canone è una parte della rendita del fondo, che si paga al concedente in ricognizione del dominio diretto, che rimane sempre presso di lui. Nella costituzione di

---

(1) Delvincourt, *tomo* 8, *tit.* 4, *nota* 1, propone la seguente quistione: « L' enfiteusi esiste tuttavia tra noi? » Io dico di no, ei risponde. L'enfiteusi de' romani era real- » mente il nostro *bail à rente* che certamente è abrogato, » poichè non vi sono più rendite irredimibili. L' enfiteusi » era ordinariamente in Francia un affitto di novantanove » anni, ma che dava il *ius in re*. È permesso attualmen- » te far degli affitti per sì lungo tempo, quando piace alle » parti; ma questi affitti non darebbero il *ius in re*. È in » questo senso che io considero l' enfiteusi come abolita. E- » siste bensì un parere del Consiglio di Stato approvato il » 2 Febbraio 1809, boll. n. 4121, il quale suppone del- » le enfiteusi ancora esistenti; ma è chiaro che questo pa- » rere intende alcune enfiteusi stabilite prima del codice, » alle quali le nuove leggi non han potuto pregiudicare. » Nulla dunque esso decide sulla quistione. »

rendita il canone è una prestazione personale (1) a carico del debitore della rendita, e puramente mobile di sua natura; art. 452 (-529-); laddove nell'enfiteusi il canone è parte della rendita del fondo, considerata perciò come immobile per l'oggetto cui si riferisce; art. 449 (-526-) (2).

---

(1) I censi consegnativi in sostanza non erano che l'interesse del danaro; ma giusta la bolla di Nicolò V, sanzionata nel regno colla prammatica *de censibus*, per mera finzione apparivano una vendita di una determinata quantità di frutti di un fondo, la quale ridotta in contante prestavasi al creditore, e che perciò erano annoverate tra le cose immobili, come è da vedersi in Rovito, *prammat.* 5, *de censib.*, *n.* 33; Aulisio, *de censib.*, *cap.* 1; e de Franchis, *decis.* 362, *n.* 7. I censi riservativi poi, oggigiorno detti rendite fondiarie stabilite in compenso del prezzo di cose immobili vendute, erano anche annoverate tra le cose immobili, come il fondo del quale le rendite si percepivano. Vedi *gli autori sopra citati.* In oggidì, tanto le rendite costituite per interesse del danaro ricevuto, quanto le rendite stabilite in compenso del prezzo di cose immobili vendute, o come condizione della cessione di beni immobili fatta a titolo oneroso o gratuito, sono sempre mobili ed essenzialmente redimibili, art. 452 e 453 (-529 *e* 530-), mentre la rendita enfiteutica è considerata come immobile per l'oggetto cui si riferisce, e non è mai permesso al debitore di redimerla, tranne il caso di una special convenzione; art. 454 e 1701.

(2) Calvino, *lexicon giuridico*, alla voce *Canon*, c'insegna che nelle costituzioni imperiali per canone pubblico intendevasi quell' annua prestazione che pagavano al popolo romano le provincie soggette, e che a sua somiglianza fu detto canone la prestazione che il padrone utile pagava al padron diretto in forza della costituzione di Zenone, in ricognizione del dominio de' fondi dati in enfiteusi.

Il canone in questo senso è una vera prestazione *sui generis*, come il contratto di enfiteusi che vi dà causa; ma nella enfiteusi temporanea, il canone rappresenta una parte della rendita dovuta al padrone diretto in ricognizione del

Checchè ne sia di ciò, è certo che le antiche enfiteusi contratte pria del 1793 non furono abolite, comunque non fossero permesse dalle nuove; e che presso di noi, allorchè adottammo il codice civile francese, non essendo stati i contratti di enfiteusi proibiti da legge alcuna, era sempre dubbio se il silenzio serbato dal legislatore col codice permettesse o pur no simili contratti.

Dell'enfiteusi per dritto vigente; sua definizione, sua natura e sua forma.

§. 83. Col nuovo codice pubblicatosi in Settembre 1819, il contratto di enfiteusi venne nuovamente permesso e regolato da principii più semplici, ma uniformi alle antiche leggi. In fatti, *l'enfiteusi* coll' articolo 1678 si definisce per « *un contratto*, » *in virtù del quale si concede un fondo coll'ob-* » *bligo di migliorarlo, e di pagare in ogni anno* » *una determinata prestazione che si dice* cano- » ne, *o in danaro o in derrate, in ricognizione* » *del dominio del concedente.* »

Or, come ognun vede, da tale disposizione chiaramente risulta, che l'enfiteusi è un contratto sinallagmatico producente obbligazioni rispettive; ch'è un contratto *sui generis*, perchè non si vende il frutto, come nella locazione, nè la proprietà, come nella vendita; ma si concede il dominio utile, riserbandosi dal concedente il dominio diretto; che la concessione ha per iscopo la migliorazione del fondo ch'è di essenza di tale contratto, e si fa per una prestazione in danaro od in derrate, ch'è

---

dominio ch'egli si ha riserbato, comunque la prestazione consistere potesse in contante, perchè sempre il numerario si paga in ragione de' frutti che percepisce il padrone utile.

parte della vendita dovuta al padrone diretto del fondo in ricognizione del suo dominio.

Questi caratteri essenziali diversificano il contratto di enfiteusi dal contratto di vendita, da quello di locazione, dal contratto di costituzione di rendita, ed in fine da quello di usufrutto.

In fatti, differisce dal contratto di vendita, in quanto che il canone può consistere in una prestazione di frutti o di derrate, la quale è dovuta per parti, ed è un debito prediale dovuto dal fondo, mentre che nella vendita il prezzo non può consistere che in danaro, ed è dovuto per intero dal compratore, non appena è stato perfezionato il contratto, comunque si fosse pattuito un termine al pagamento, ed è personale del compratore obbligato in forza del contratto.

Differisce dalla locazione, in quanto che il godimento del fondo si trasferisce in proprietà all'enfiteuta coll'obbligo del pagamento del canone; non vi è dritto ad escomputo per la remissione del canone, e non vi è luogo a tacita innovazione di enfiteusi dopo scorso il termine stabilito col contratto, mentre nella locazione il conduttore non acquista alcun dritto reale sul fondo, e può domandare l'escomputo in caso di sterilità, ed in fine vi è luogo alla tacita riconduzione, quando dopo il termine dell'affitto si lascia in possesso del conduttore.

Differisce dalla costituzione di rendita, poichè la cessione di rendita, sia vitalizia, sia temporanea, sia perpetua, è un contratto, col quale uno de' contraenti vende all' altro una rendita annuale o perpetua, di cui si costituisce debitore per un prezzo lecito tra loro convenuto, che dee consistere in una somma di danaro che riceve da lui colla facoltà di poter sempre, ove gli piaccia, redimere la rendita stessa, mediante lo sborso del prezzo da

lui ricevuto per la costituzione della medesima, e senza potervi essere astretto (1). Quindi, la rendita costituita è sempre un debito personale dovuto dal debitore e da' suoi eredi *ratione contractus*, laddove la rendita enfiteutica è essenzialmente dovuta dal fondo, e siegue il fondo stesso nelle mani di qualunque possessore; la rendita costituita, o perpetua, o vitalizia, o temporanea, è sempre redimibile, mentre la rendita enfiteutica è, per l'opposto, irredimibile, tranne il caso di una speciale convenzione; art. 453 e 1701 (-530-); la rendita costituita è mobile, mentre la rendita enfiteutica è immobile per l'oggetto cui si riferisce; art. 449 e 452 (2); in fine, il debitore della rendita costituita può liberarsi abbandonando il fondo, allorchè essa è stata costituita in compenso del prezzo di una cosa immobile venduta, o come condizione della cessione di beni immobili fatta a titolo oneroso o gratuito,

---

(1) Vedi Pothier, trattato *dell' enfiteusi*, *articolo preliminare*, *n. 1*.

(2) Il contratto di costituzione di rendita, come abbiamo osservato colla nota 60, può ben assimilarsi a' censi detti da' nostri dottori riservativi, perchè era d'ordinario, come lo è, stabilita in compenso del prezzo di una cosa immobile venduta, o come condizione della cessione de' beni immobili fatta a titolo oneroso o gratuito. Vedi Rovito, *prammat.* 5, *de censib.*; ed Aulisio, trattato *de censib.*, *cap.* 2, *n.* 8.

Per l' opposto, le rendite, che si costituiscono dietro lo sborso di un capitale in contante, possono assimilarsi a' censi detti da' nostri dottori consegnativi, poichè si dà una somma come base della vendita, ed il debitore aliena in compenso il dritto di percepirla, con legge di poterla far cessare a suo arbitrio, mediante la restituzione del capitale. Questo censo dicevasi anche censo bollare dalla bolla di Nicolò V del 1451, sanzionata da Alfonso colla prammatica 1 *de censib.*, e fu detto anche *vendita di annue entrate*.

e può liberarsi colla restituzione del capitale, se è stata la conseguenza dello sborso di un capitale in contante, mentre questo abbandono non è permesso all' enfiteuta se non quando fosse perita una considerevole porzione del fondo dato in enfiteusi; art. 1688 (1).

Per ultimo, il contratto di enfiteusi differisce dal contratto di usufrutto, in quanto che l'enfiteusi non può costituirsi che sugli immobili; contiene il trasferimento del dominio utile; dà all'enfiteuta il dritto di cangiare la forma del fondo, ed il dritto di pretendere un compenso per le migliorazioni di qualunque natura; mentre il contratto di usufrutto può costituirsi anche su i mobili, senza però che l'usufruttuario potesse alterare la forma della cosa soggetta ad usufrutto, e senz' aver dritto a' miglioramenti della cosa istessa; art. 503, 524, 1678, 1686 e 1703.

In quanto alla forma del contratto di enfiteusi, la nuova legge, uniformemente alle disposizioni del dritto romano, ha stabilito che l' enfiteusi dovesse essere comprovata con iscrittura, sia pubblica, sia privata, ma ciò in conseguenza del principio ch' esclude la pruova testimoniale nelle obbligazioni che sorpassano il valore di docati cinquanta, rimanendo però sempre l' enfiteusi annoverata fra i contratti consensuali; art. 1679 (2).

---

(1) Gli statuti di Orleans, di Parigi e di varii altri luoghi, accordavano all' enfiteuta anche il dritto di far l'abbandono detto da' francesi *Deguerpissement*, com' è da vedersi in Merlin, *repertorio*, alla voce citata.

(2) La nuova legge richiede la scrittura non per intrinseca solennità, ma solamente *probationis causa*, o sia per potersi dimostrare l' esistenza del contratto, il quale d' altronde è valido e perfetto col solo consenso delle parti;

L'enfiteusi anche oggigiorno è o temporanea, o perpetua; ma nel primo caso, le leggi dispongono che non possa avere una durata più breve di dieci anni, poichè sino ad un novennio non sarebbe che un affitto, nè potrebbe conseguirsi l'oggetto della migliorazione, che forma l'essenza di questo contratto; art. 1680 e 1681.

La legge mette in arbitrio delle parti di regolare il contratto di enfiteusi in quel modo che meglio loro aggrada, purchè i patti non siano dalla legge istessa vietati; ma in mancanza di convenzioni speciali, dovranno serbarsi le regole che saranno esposte co' paragrafi che seguono; art. 1682.

Delle cose che potevansi dare in enfiteusi, e delle persone che potevano fare simili contratti per dritto romano.

§. 84. Poichè l'essenza del contratto di enfiteusi consiste nell'obbligo che ha l'enfiteuta di migliorare il fondo che gli si concede a godimento, è chiaro che i soli beni immobili per natura potessero formare oggetto di simile contratto, siano rustici, siano urbani, purchè fossero capaci di miglioria. Ciò rilevasi chiaramente dalle leggi 3 *cod.*

---

art. 1679; ma poichè la sola scrittura è ammessa per la pruova di questo contratto, sembra che quando anche la cosa che ne forma l'oggetto fosse minore di ducati cinquanta, la pruova testimoniale non sia mai ammessibile, facendosi una eccezione all' articolo 1295. In tal modo le nuove leggi hanno adottate le opinioni del Vinnio, del Voet e del Perezio sulla legge 1 *cod. de iur. emphyt.*, ammettendo per valido un contratto di enfiteusi senza scrittura, quando non è impugnato dalle parti; ma in ogni caso che il contratto venisse impugnato, la sola scrittura può far pruova, sia dell' esistenza del titolo, sia del possesso del fondo con qualità enfiteutica.

de locat. praed. civil.; 15 *ff. de damn. infect.*; *nov.* 7, *cap.* 3; comunque Perezio avesse sostenuto che i fondi urbani fossero incapaci di formare oggetto dell'enfiteusi. Vedi il citato scrittore, *prelezioni al codice, tit. dell' enfiteusi*, *cap.* 3.

E poichè, come abbiamo di sopra osservato, il contratto di enfiteusi, quantunque per la legge dell'imperator Zenone dovesse contrarsi con iscrittura, non cessava di annoverarsi fra i contratti consensuali, è chiaro che coloro soltanto potevano contrarre l'enfiteusi, i quali potevano liberamente consentire; per lo che i minori, gl' interdetti, le donne maritate, e tutti coloro che la legge dichiara incapaci di contrattare, erano egualmente incapaci a concedere in enfiteusi. *L.* 3 *ff. de obbligat. et action.*, e l'intero titolo del codice *de iur. emphyt.*

I luoghi pii e le corporazioni morali potevano fare concessioni enfiteutiche, servate le forme de'loro statuti, ma tale facoltà venne a' luoghi pii interdetta colle leggi di ammortizzazione, come vedremo a suo luogo.

Delle cose che possono darsi in enfiteusi, e delle persone che possono fare simili contratti per dritto francese e vigente.

§. 85. Dalla definizione che abbiamo data dell'enfiteusi risulta evidentemente, che per disposizione delle nuove leggi i soli immobili reali possono darsi in enfiteusi, esclusi quelli che la legge dichiara tali o per destinazione o per l' oggetto a cui si riferiscono. L' espressione *fondo*, di cui fa uso il legislatore, indica abbastanza che i soli immobili reali, siano urbani, siano rustici, possono formare oggetto di questo contratto, purchè fossero in commercio.

È poi evidente, che il contratto di enfiteusi, come ogni altro contratto consensuale, non potendo formarsi che col consenso, non può aver luogo se

non tra persone che abbiano la libera capacità di consentire, e che godano dell'amministrazione de'loro beni; art. 1078 e 1268 (- 1124 *e* 1314 -).

Per l'articolo 10 delle leggi civili la Chiesa, i comuni e tutte le corporazioni autorizzate dal Governo, considerandosi come altrettante persone godenti i dritti civili, possono fare cessioni enfiteutiche: ma in quanto a' comuni ed agli altri pubblici stabilimenti bisogna osservare le formalità sanzionate dagli articoli 298, 299 e 301 della legge del 12 Dicembre 1816; ed in quanto a' luoghi pii bisogna osservare le regole stabilite dalle istruzioni del 20 Maggio 1820, essendo stata loro ridonata la facoltà di fare nuovi acquisti coll'ultimo concordato del 16 Febbraio 1818, ritenute però le disposizioni de' reali dispacci de' 16 Agosto 1771, 19 Settembre 1772, 16 Luglio 1774, 17 e 23 Dicembre detto anno, e 18 Febbraio 1775, riguardo alle enfiteusi anteriormente fatte, per le quali sono rimaste tuttavia in vigore le antiche leggi di ammortizzazione anche in futuro pe' casi non ancora consumati, e per le condizioni non ancora verificate.

De' dritti ed obblighi rispettivi del padrone diretto e del padrone utile per dritto romano.

§. 86. Le teorie del dritto romano, relativamente a' dritti ed obblighi del padrone diretto e del padrone utile, sono state quasi letteralmente ritenute dalle nuove leggi, e saranno da noi esposte co' paragrafi che seguono. Qui solamente esponiamo quelle che non sono state dalle nuove leggi adottate, e che si riducono alle seguenti:

1. Per disposizione della legge 3 *cod. de iur. emphyt.*, in ogni specie di alienazione il padrone diretto, si fosse o pur no convenuto, avea dritto di esigere il laudemio dal nuovo enfiteuta, consi-

stente nella quinquagesima parte del prezzo, mentre le nuove leggi non permettono il laudemio se non in caso di espressa convenzione; art. 1697.

2. Per la mancanza del pagamento del canone, l'antica legge dichiarava devoluto il fondo enfiteutico di pieno dritto (1), mentre la nuova legge esige espressamente la domanda del padrone diretto; art. 1689.

3. Era controverso tra gli interpetri dell'antico dritto, se il padrone diretto potesse appropriarsi il tesoro rinvenuto nel fondo enfiteutico (2); mentre le nuove leggi gli accordano la metà; art. 1686.

4. L'antica legge non accordava il dritto di prelazione che al padrone diretto, giammai al padrone utile (3), mentre la nuova legge accorda lo stesso dritto al padrone diretto ed al padrone utile; art. 1701.

5. Per antico dritto il padrone utile non potea pretendere alcun compenso pe' miglioramenti fatti nel fondo enfiteutico in caso di devoluzione, fosse stato o pur no ciò convenuto (4); mentre le nuove leggi gli accordano il dritto a compenso per i miglioramenti di qualunque natura; art. 1703.

6. Nell'antico dritto, allorchè il canone si fosse stabilito in proporzione de' frutti, poteasi dall'enfiteuta domandare una riduzione od una remissione (5); mentre la nuova legge non permette giam-

---

(1) Vedi Fachineo, *controvers. iur.*, *lib.* 1, *cap.* 95.

(2) Vedi Voet, *in pandect.*, *lib.* 6, *tit.* 3.

(3) Vedi Voet, *in pandect.*, *lib.* 6, e Perezio, *prelezioni al cod. sull' enfiteusi*, *n.* 16.

(4) *L.* 2 *cod. de iur. emphyt.*; *nov.* 7, *cap.* 3; Perezio, *luogo citato*, *n.* 21, e Voet, *n.* 52.

(5) Vedi il Voet, *lib.* 3, *n.* 19, e gli autori da lui citati.

mai alcuna riduzione o remissione del canone per qualunque insolita sterilità o perdita di frutti; articolo 1687.

7. L'antico dritto permetteva all'enfiteuta d'imporre qualunque servitù sul fondo enfiteutico, da non potere però la servitù durare dopo il termine dell'enfiteusi (1); mentre le nuove leggi glie ne fanno un divieto assoluto, considerando la servitù come opposta alla natura dell' enfiteusi, perchè tende a deteriorare il fondo; art. 1690.

De' dritti ed obblighi del padrone diretto per disposizione delle leggi vigenti.

§. 87. I dritti del padrone diretto per disposizione delle nuove leggi possono ridursi

1. Alla facoltà di poter riprendere il fondo, spirato il tempo della concessione nell'enfiteusi temporanea. Ove questo caso si verifichi, il padrone diretto riprende il fondo libero da ogni peso, da ogni ipoteca, da ogni servitù, poichè il padrone utile, avendo una proprietà risolubile, è applicabile la massima *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*; art. 1685 e 1690.

2. Al dritto di prelazione che compete al padrone diretto tanto in caso di vendita, sia volontaria, sia giudiziaria o forzosa, quanto nel caso che il padrone utile avesse fatta una cessione in pagamento od una succensuazione; art. 1510, 1513, 1588 e 1698. La prelazione però non si estende ad ogni altra specie di alienazione, come ne' casi di donazione, di legato, di permuta, di costituzione di dote, meno che questi contratti non siano simulati per occultare una vendita, una cessione *in*

(1) Vedi Voet, *lib.* 6, *tit.* 3, *n.* 24.

solutum, una succensuazione, o pure che non siasi la prelazione in ta' casi anche convenuta; art. 1699. Conseguenza intanto di un tal dritto di prelazione si è l' obbligo imposto al padrone utile di dover interpellare il padrone diretto, il quale fra lo spazio di due mesi dee dichiarare, se voglia essere preferito alla vendita di cui nell' atto d' interpellazione dovrà esprimersi il prezzo convenuto e tutti i patti del contratto, o se voglia in vece prestare il consenso alla vendita; art. 1692 a 1696.

3. Al dritto del laudémio, qualora il padrone diretto presti il consenso alla vendita, purchè fosse stato il laudemio espressamente convenuto, senza potersi nè convenire, nè esigere più della quinquagesima parte del prezzo.

4. Al dritto della devoluzione, qualora il padrone utile avesse venduto, ceduto in pagamento, o succensito il fondo enfiteutico senza la giuridica interpellazione al padrone diretto; art. 1692; qualora avesse mancato di pagare il canone per tre anni continui, o in un termine più breve, se sia stato così convenuto; art. 1689; qualora il successore dell' enfiteuta avesse mancato di stipulare a favore del padrone diretto a proprie spese e fra lo spazio di due mesi, dopo l' istanza legale del medesimo, l' obbligo di stare al contratto con gl'istessi patti, condizioni e cautele con cui l' avea il suo autore; art. 1700; qualora abbia deteriorato il fondo in vece di adempiere alla condizione di migliorare, che è essenziale al contratto di enfiteusi, e di cui l' inadempimento fa risolvere il contratto medesimo; art. 1689 e 1702.

5. Al dritto di appropriarsi la metà del tesoro che si potrà rinvenire nel fondo enfiteutico, salvo il dritto spettante a colui che l' ha scoverto; art. 636 e 1686.

6. Al privilegio del canone riguardo a tutti gli altri creditori, potendo giovarsi e dell'azione personale contro l'enfiteuta ed i suoi eredi, dell'azione *in rem scripta* contro i terzi possessori, e dell'azione mista contro i medesimi, per obbligarli a rinnovare il titolo della vendita, ed a continuare in avvenire il pagamento del canone; art. 1700, 2019, 2062, 2064 e 2067.

Gli obblighi poi del padrone diretto altri nascono dalla legge, altri dalla convenzione.

I primi si riducono a' seguenti, cioè

1. Consegnare e garentire la cosa enfiteutica; argomento dall'articolo 1449.

2. Non poter alterare il canone nell'enfiteusi perpetua; art. 1684.

3. Nella vendita del dominio utile dichiarare tra due mesi dall'interpellazione ricevuta se voglia prestare il consenso, o essere preferito; e non dichiarando tal sua volontà, riputarsi prestato il consenso; art. 1693 e 1695.

4. Dichiarando voler essere preferito, accettare il prezzo e le condizioni offerte, o stabilite da altri, ed offrire l'adempimento di ciò che si contiene nella convenzione fatta col terzo, sottoporsi finalmente alle stesse leggi e condizioni quivi spiegate; art. 1696.

5. Non esigere laudemio se non sia convenuto, nè più della cinquantesima parte del prezzo; art. 1697.

6. Interpellare l'enfiteuta, qualora voglia vendere il suo dominio diretto, nel modo stesso che questi è obbligato di fare volendo vendere il suo dominio utile; art. 1701.

7. Pagare le migliorazioni del fondo di qualunque natura esse fossero, in caso di devoluzione; art. 1703.

Gli obblighi poi, che al padrone diretto possono essere imposti dalla convenzione, variano secondo che diversi possono essere i patti fra i contraenti, e quindi incapaci di essere limitati dal legislatore: ma l' obbligo che d' ordinario s' impone al padron diretto è quello della redimibilità della rendita, o dell' affrancazione del canone permesso dall' articolo 1701, facendosi eccezione alla regola stabilita dall' articolo 453. Quantevolte quest' obbligo sia stato imposto al padrone diretto, l' affrancazione può operarsi e dagli eredi e dagli aventi causa dell' enfiteuta, meno che il padrone diretto non ne abbia prescritta l' irredimibilità coll' elasso di trenta anni, e quantevolte in tal frattempo nè siasi ottenuta l' affrancazione, nè siasi la prescrizione interrotta con qualche atto di ricognizione della rendita, in cui siasi menzionata la facoltà di redimerla (1).

De' dritti ed obblighi del padrone utile per disposizione delle leggi vigenti.

§. 88. L' esposizione de' dritti ed obblighi del padrone diretto agevola quella che riflette i dritti e gli obblighi del padrone utile, poichè ciò che costituisce un obbligo per l' uno, forma un dritto rispettivamente all' altro.

Quindi, è agevole il comprendere, dietro l' esposizione degli obblighi del padron diretto, che i dritti del padrone utile nascenti dalla legge sono

(1) La facoltà di affrancare il canone è soggetta alla prescrizione di trent' anni, perchè è un dritto personale nascente dalla convenzione, e quindi prescrittibile a' termini dell' articolo 2168. Per l' opposto, l' affrancazione delle rendite costituite è imprescrittibile, perchè esse sono di loro natura redimibili; art. 453.

1. Fruir della cosa data in enfiteusi come proprietario, e quindi con facoltà d'ipotecarla, di cangiarne la forma e la superficie, purchè non la renda deteriore; art. 1686.

2. Dritto di rivendicar il fondo enfiteutico dalle mani di qualunque possessore; art. 1686.

3. Dritto alla metà del tesoro; art. 636 e 1686.

4. Dritto di vendere il dominio utile dopo esperimentata infruttuosa l'interpellazione fatta al padron diretto, quantevolte questi nel termine di due mesi, istruito del prezzo e delle condizioni del contratto, o serba silenzio, o rinunzia al dritto di prelazione; art. 1691 a 1695.

5. Dritto di essere preferito nella vendita del dominio diretto, se sarà interpellato, ma colla differenza che, mancando il padrone utile d'interpellare il padrone diretto in caso di vendita, il fondo si devolve a favore del padrone diretto, laddove mancando il padrone diretto d'interpellare il padrone utile in caso di vendita del dominio diretto, il padrone utile potrà solamente far annullare la vendita, senza poter affrancare il canone che rimane come prima dovuto al padrone diretto; art. 1701 (1).

---

(1) Bisogna ben attendere alle espressioni dell'articolo 1701 per non confondere gli effetti della mancanza d'interpellazione per parte del padrone utile e del padrone diretto. Al primo solamente l'articolo 1692 commina la pena della devoluzione, mentre, per la mancanza d'interpellazione del padrone diretto al padrone utile in caso di vendita del dominio diretto, l'articolo 1701 non fulmina la pena istessa, ma solo si contenta di dichiarare che l'enfiteuta ha dritto alla prelazione, e che debba perciò essere interpellato secondo le regole indicate cogli articoli 1693, 1694, 1695, 1696 e 1697. Da ciò risulta che se l'enfiteuta non sarà stato interpellato, potrà non conoscere

6. Dritto di domandare il compenso per le migliorie di qualunque natura in caso di devoluzione; art. 1703.

I dritti poi nascenti dalla convenzione possono riflettere sia l'affrancazione del canone, sia la maggiore o minore estensione de' dritti nascenti dalla legge, e dovranno sempre osservarsi, meno che non siano contrarii alla natura del contratto di enfiteusi.

Gli obblighi poi dell' enfiteuta nascenti dalla legge sono

1. Quello di migliorare il fondo; art. 1678.

2. Quello di pagare il canone senz' avere dritto a veruna riduzione o remissione per qualunque sterilità, o perdita di frutti; art. 1678 e 1687.

3. Di pagare i pesi fiscali, salva la ritenzione del quinto; art. 1687, e legge del 10 Giugno 1808.

4. Di non poter imporre alcuna servitù, essendo questa uno smembramento della proprietà, di cui egli non ne ha che una parte sola, cioè il dominio utile; art. 1690.

5. Di dover interpellare il padrone diretto in ogni caso di vendita, cessione, o succensuazione; art. 1692.

6. Di dare al padron diretto la metà del tesoro, salvo quella spettante all' inventore; art. 636 e 1686.

Le obbligazioni poi nascenti dalla convenzione

---

il nuovo acquirente del dominio diretto, nè questi avrà dritto di costringerlo al pagamento del canone, ma giammai egli potrà per tale mancanza acquistare il dominio diretto che non gli apparteneva. Al nuovo acquirente quindi non rimane che di far risolvere il contratto fatto col padrone diretto concedente, il quale riacquista in tal modo il suo dritto al pagamento del canone.

possono essere diverse, ma il legislatore prevede solamente quella del laudemio, solita a convenirsi in simili contratti, che non può esigersi se non sia convenuta, nè può eccedere la quinquagesima parte del prezzo; art. 1697. La convenzione però può ben restringere ed ampliare tutti i dritti ed obblighi dell' enfiteuta, siccome si è detto del padron diretto.

Dell' estinzione delle rendite enfiteutiche per dritto romano.

§. 89. I principii relativi all' estinzione delle rendite enfiteutiche, consagrati nel codice sotto i titoli *de iure emphyt.*, *de agriculis et censibus*, *de locat. praed. civil.*, *de fund. patrimonial.*, non che nelle novelle 7 e 120, sono stati ritenuti dalle nuove leggi e saranno da noi esposti col paragrafo che segue.

Dell' estinzione delle rendite enfiteutiche per disposizione delle leggi vigenti.

§. 90. La rendita enfiteutica può estinguersi

1. Per la risoluzione del contratto, spirata la concessione se fu temporanea; art. 1681.

2. Per la mancanza del pagamento del canone per tre anni continui; art. 1689.

3. Per la mancanza dell' obbligo ingiunto al successore dell' enfiteuta di stare al contratto fatto dal suo autore nel termine stabilito dall' articolo 1700.

4. Per la retrocessione del fondo che l'enfiteuta è in libertà di fare al padrone diretto, nel caso che fosse perita una considerevole porzione del fondo enfiteutico; art. 1688.

5. Per la distruzione totale del fondo gravato dalla rendita; art. 1688.

6. Per l' affrancazione, qualora siasi convenu-

to, che il padron diretto acconsentisse a farla redimere; art. 1701.

7. Per la remissione, novazione, consolidazione, confusione, e per tutti gli altri mezzi co'quali si estinguono le obbligazioni in generale da noi esposti col tomo IV, lezione prima, §§. 63 e seg.

8. In fine, per la prescrizione, tanto se sia risultata dal possesso del detentore, il quale ha posseduto come franco e libero dal peso del canone il fondo che n'è gravato, quanto se sia risultata dal non uso del creditore, bastando nel primo caso la prescrizione di anni dieci, o venti, secondo che il padron diretto abiti, o no nel territorio compreso sotto la giurisdizione della gran Corte civile; art. 2171; mentre nel secondo caso si richiede la prescrizione di anni trenta; art. 2168.

È però d'avvertirsi che la prima specie di prescrizione non può mai invocarsi dall' enfiteuta, o da' suoi eredi, non potendo essi giammai cangiare la causa del loro possesso, ma solamente delle terze persone che avessero acquistato il fondo enfiteutico a titolo particolare, senz' aver mai avuta conoscenza alcuna del canone di cui il fondo era gravato; ma la prescrizione *a fine di liberarsi*, o sia quella che risulta dal non uso del creditore, può essere opposta tanto dall' enfiteuta, quanto da'suoi eredi, e ciò per la massima sanzionata dall'articolo 2147, di potersi cioè prescrivere contro il proprio titolo ad oggetto di liberarsi colla prescrizione dall' obbligo contratto. Vedi Pothier, trattato *dell'enfiteusi*, *n.* 211.

Siccome intanto la soddisfazione di un peso non può essere giustificata che colla quietanza del creditore, che il debitore potrebbe sempre negare, rimanendo in suo potere, così la legge, ad evitare che il debitore invocar potesse ingiustamente la pre-

scrizione risultante dal non uso del creditore, ha stabilito che dopo ventotto anni dalla data dell'ultima scrittura il debitore di una rendita può esser astretto a somministrarne a proprie spese una nuova al suo creditore, o a quelli che abbiano causa da lui; art. 2169 (1).

Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente all'enfiteusi.

§. 91. Per dritto patrio pria del 1809 seguivansi i principii consagrati dal dritto romano relativamente all'enfiteusi, ma colle seguenti modificazioni:

1. Nell'enfiteusi ecclesiastica vi era luogo a devoluzione in favore del padrone diretto pel non pagamento del canone per soli due anni.

2. L'enfiteuta in qualunque enfiteusi, sia ecclesiastica, sia laica, sia temporanea, sia perpetua, ammettevasi alla purgazione della mora, pagando il canone dopo un mese dal dì della promulgazione della sentenza.

3. In ogni enfiteusi vi era luogo ad un laudemio, o sia al pagamento del due per cento in

(1) Il dotto Liberatore, trattato *dell' enfiteusi*, sostiene che nell' enfiteusi temporanea l' enfiteuta non possa colla prescrizione di trent' anni liberare il fondo dal peso del canone, senza poter giammai acquistare il dominio diretto del fondo, mentr' egli possiede a titolo precario, e quindi gli osta il vizio del suo titolo; art. 2135 e 2142.

Con tutto il rispetto dovuto a questo sommo giureconsulto, noi crediamo preferibile l'opinione di Pothier, trattato *dell'enfiteusi*, *n.* 211, poichè l' articolo 2142 non annovera l' enfiteuta nella classe di coloro che precariamente posseggono. Altronde la prescrizione poggia sopra motivi superiori d' ordine pubblico, nè debbono mai restringersi a forza d' interpetrazioni restrittive le sue benefiche disposizioni, lasciando in una eterna incertezza il possessore.

favore del padron diretto, semprecchè l'enfiteuta alienava il fondo enfiteutico, purchè però nell'alienazione intervenisse il prezzo. Vedi Perezio sul codice, *cap.* 16, *n.* 8.

4. Non potea trasferirsi l'enfiteusi alle Chiese e luoghi pii per i divieti dell'ammortizazione, e nè anche agli altri corpi morali laici per effetto d'una antichissima consuetudine contestata da Giulio Claro, *quistione* 33, e da De Franchis, *decisone* 639.

5. In ogni caso di deteriorazione del fondo enfiteutico per dolo dell'enfiteuta, si devolveva il fondo al padron diretto; ma se la deteriorazione fosse provvenuta da negligenza o da colpa lieve, l'enfiteuta era ammesso alla rifazione del danno, ritenendosi tuttavia il fondo.

6. In caso di contravvenzione a'patti stipulati nell'enfiteusi, non si risolveva il contratto, ma l'enfiteuta era messo in mora per l'adempimento.

7. In caso di devoluzione per dolo dell'enfiteuta, il padrone diretto non era tenuto alle spese delle migliorie; negli altri casi poi di devoluzione, le migliorie si pagavano, ma *pro ut impensum*, *non pro ut melioratum.*

8. Il padron diretto, che avesse riconosciuto il successore dell'enfiteuta, esigendo dallo stesso il canone, non potea più giovarsi del dritto di prelazione.

9. Se l'enfiteuta avesse perduto il possesso del fondo senza fatto del padrone diretto, era ciò non ostante obbligato al pagamento del canone.

10. Gli affitti delle Chiese e de' luoghi pii per un decennio erano considerati come altrettante enfiteusi, ed i luoghi pii non poteano riavere i fondi se non ne'casi di devoluzione. Vedi i Reali dispacci de'19 Agosto 1771, 17 e 23 Dicembre 1774, e 18 Febbraio 1775.

11. Nell'enfiteusi ed in tutte le altre alienazioni de' luoghi pii in favore de'laici, non vi era bisogno dell' assenso pontificio, bastando solo l' assenso regio, o feudale; se poi le alienazioni riguardassero fondi di padronato privato, bastava l' assenso del padrono. Vedi il dispaccio del 25 Ottobre 1777.

12. In tutte le alienazioni, enfiteusi, o affitti de'luoghi pii, a pena di nullità doveasi esperimentare l'asta pubblica col beneficio della decima e sesta. Vedi i dispacci de' 30 Gennaio 1759, e 13 Luglio 1777; Aloe in Domat. *tom.* 1, *lib.* 1, *titolo* 5, *n.* 42.

LEZIONE QUINTA.

Del contratto di società.

CAPITOLO I.

Disposizioni generali.

Nozioni preliminari.

§. 92. Dalla dipendenza reciproca in cui l'autore della natura ha posti gli uomini per sovvenirsi a vicenda ne' loro bisogni; da quell'innata inclinazione che li ravvicina l' uno all' altro; da quella sociabilità di cui la mano istessa del creatore ne ha scolpito la base ne' nostri cuori; in fine, da'moltiplici bisogni e desiderii che agitando perennemente la mente dell'uomo, lo rendono sempre soggetto al suo simile, procurando di accrescere coll' unione altrui le sue forze private, i suoi piaceri ed i suoi godimenti, trae origine il contratto di società riconosciuto da tutti i popoli, in tutte le età, e da tutte le legislazioni.

Noi, abbandonando alle leggi di commercio quel-

le società, per le quali le nazioni non si considerano che come individui fino a'più minuti oggetti, e che sono regolate dalle leggi particolari, ci occupiamo colla presente lezione di quelle sole società, che hanno per iscopo una proprietà ed un godimento qualunque, determinando la natura e gli effetti che ne dipendono.

Definizione del contratto di società per dritto romano; sua natura, modo come contraevasi, e sua forma.

§. 93. La società per dritto romano era un contratto consensuale, poichè per effetto della sola convenzione due o più persone potevano mettere in comune qualche cosa o qualche opera, ad oggetto di dividerne l' utile, e di soffrirne proporzionatamente la perdita. *Societates contrahuntur* (son parole della *legge* 5 *ff. pro socio*) *sive universorum bonorum, sive negotiationis alicuius, sive vectigalis, sive etiam unicae rei.*

Da ciò risultava che quando più persone aveano qualche cosa in unione non per effetto della loro scelta, della loro volontà, del loro consenso libero, ma perchè pervenuta loro da altri per donazione o per successione, non dicevansi socii, nè competeva ad essi l'azione *pro socio*, ma l'azione *communi dividundo*, come testualmente decidono le leggi 31 e 32 *ff. pro socio*, e come noi abbiamo osservato col tomo II, §. 155 (1).

(1) Questo principio era tanto rigorosamente vero, che se più persone, per non rincarare l' uno contro l' altro, avessero convenuto di comprare una medesima cosa unitamente, o per mezzo di uno di essi, o per mezzo di un terzo, questo contratto non era un contratto di società, comunque la cosa comprata per effetto di tal convenzione divenisse loro comune. *In emptionibus . . . . qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune,*

Poichè la società era un contratto consensuale, i socii doveansi scegliere reciprocamente, e quindi non poteasi pattuire che gli eredi de' socii continuar dovessero nella società; ma la scrittura non era necessaria alla perfezione del contratto. *LL.* 4, 63 *e* 65 *ff. pro socio.*

In fine, non poteasi stipulare alcun patto illecito, nè poteasi convenire che ad un solo dovessero profittare tutti i guadagni. *LL.* 1 *e* 5 *ff. pro socio* (1).

---

quod a societate longe remotum est; *l.* 33 *ff. pro socio. Magis ex re . . . . . quam ex persona socii actio nascitur*; *l.* 29 *cod. commun. divid.* Vedi Eineccio, *recitazioni, titolo della società*; Domat, *lib.* 1, *part.* 1, *tit.* 8, §. 7; Brunemanno, *lib.* 17 *delle pandette, tit.* 2, *pro socio*; e Basta, *lib.* 3, *tit.* 17. Sul dritto nuovo vedi Pothier, trattato *del contratto di società*, *cap.* 1, §. 1; gli autori delle pandette francesi sull' articolo 1834; Delvincourt, *vol.* 8, *nota* 2, *pag.* 99; gli autori del commentario delle nostre leggi civili, *nozioni generali del tit.* X, *tomo* V; e finalmente Sirey, *decisione della Corte di Bruxelles del* 28 *Febraio* 1810, *parte* 2, *pag.* 33.

(1) Giustiniano colla legge 29 *ff. pro socio*, e colle sue istituzioni, §. 2, *pro socio*, prevede tre singolari convenzioni, che possono aver luogo nel contratto di società: 1. che l' uno de' socii abbia due parti di lucro ed una di danno, e l' altro abbia due parti di danno ed una di lucro; 2. che tra i socii dovesse esser comune il lucro, sebbene l' uno di essi abbia conferito egli solo tutto il danaro nella società; 3. che debba assegnarsi all' uno de' socii una parte di lucro, senza farlo soggiacere ad alcuna parte di danno.

La prima specie delle convenzioni citate era riprovata da Quinto Muzio, ma sostenuta da Servio Sulpizio, di cui l' opinione fu da Giustiniano adottata.

La seconda viene eziandio garentita dalla legge 1 *cod. pro socio*, perchè, come osserva Grozio, *de iure belli et pacis*, *lib.* 2, *cap.* 12, l' opera di uno de' socii può ben

Della natura del contratto di società per dritto francese e vigente, non che della sua forma.

§. 94. Le nuove leggi non si occupano nel titolo X, libro III, nè di quelle società di commercio, d'intraprese, di manifatture ec., che formano oggetto delle leggi di eccezione, nè di quelle unioni di persone che hanno qualche cosa in comune, indipendentemente dalla loro volontà. La società, di cui qui si occupa il legislatore, « *è un contratto, col* » *quale due o più persone convengono di mettere* » *qualche cosa in comunione, a fine di dividere* » *il quadagno che ne potrà risultare* »; art. 1704 (-1832-). Questa società, come ognun vede, non può essere che l'effetto della convenzione, e quindi non può che avere un oggetto lecito, che fondare su di una cosa commerciabile, nè può non riflettere l'interesse comune delle parti contraenti, le quali debbono tutte conferirvi o danaro, o beni, o la propria industria, e debbon essere tutte capaci di contrarre; art. 1705 e 1712 (-1833 *e* 1840-) (1).

---

pareggiarsi sia al solo uso del danaro, sia all'istessa somma principale conferita nella società.

La terza poi, considerata rigorosamente riguardo agli attributi che sono essenziali al contratto di società, sembra doversi assolutamente riprovare; per lo che Grozio, *luogo citato*, *n.* 24, per giustificare la legge di Giustiniano, si sforza di riguardarla come un contratto misto di società e di assicurazione, nel quale sarebbe osservata l'eguaglianza, qualora il socio sostenitore del danno avesse per questo a riportarne un lucro maggiore. In fatti, colla legge 29, *ff. eod.*, riferisce Aristone: *Cassium respondisse societatem talem coïri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare*; e tale è precisamente la specie della convenzione permessa da Giustiniano nel luogo citato.

(1) Presso i romani anche il credito ed il favore (*gratia*) poteano formare oggetto di un contratto di società; ma

La nuova legge, allontanandosi da' principii del dritto romano, richiede di essenza la scrittura per la validità del contratto di società, quando l'oggetto di essa ecceda il valore di ducati cinquanta, e deviando dalle regole stabilite per la pruova testimoniale, art. 1295 e 1302 (-1341 *e* 1348-), dichiara inammessibile la pruova testimoniale per tutto ciò che si allegasse di essersi asserito prima, dopo o nel tempo dell' atto di società, ancorchè si trattasse di una somma minore di ducati cinquanta, ed ancorchè vi esistesse un principio di pruova scritturale; art. 1706 (-1834-) (1).

---

le nuove leggi hanno creduto di dover rimuovere tutto ciò che faceva onta alla morale ed a' Governi bene stabiliti, presso i quali non si fa traffico del pubblico potere, come negli Stati corrotti. Vedi il discorso del tribuno Gillet, *esposizione de' motivi*, *n.* 80.

(1) La disposizione contenuta nell'articolo 1706 (-1834-) non racchiude una regola comune a tutti i contratti, come si sostiene da taluni, ma una regola particolare pel contratto di società, la quale non può essere mai provata per mezzo di testimonii, quando anche vi fosse un principio di pruova per iscritto. Ciò risulta chiaramente dal susseguente articolo 1738 (-1866-) ch' esige doversi assolutamente provare per mezzo di scrittura la proroga di una società contratta a tempo determinato; e d' altronde, essendo state in titoli distinti stabilite le regole comuni a tutte le convenzioni, e quelle che sono particolari ad alcuni contratti, bisognerebbe tacciare di una inutile ripetizione il legislatore, qualora non si volesse conchiudere ch' egli abbia espressamente ordinato il concorso della scrittura per quell' atto che manifesti esclusivamente l' esistenza di una società, quando l' oggetto di essa ecceda il valore di ducati cinquanta (di cento cinquanta lire per dritto francese) e che questo contratto non si possa altrimenti provare che colla scrittura istessa da cui dee ricevere la sua estrinseca perfezione.

Risulta da tutto ciò che lo scopo del legislatore si fu quello di rimuovere le società tacite, e troncare le moltiplici quistioni che insorgevano sull' esistenza o inesistenza di

CAPITOLO II.

Delle diverse specie di società.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 95. Nel titolo del digesto *pro socio* troviamo espresse tre specie di società, cioè 1. le società generali di tutti i beni; 2. le società universali de' guadagni e de' profitti che farebbero i socii; 3. le società particolari.

Le società universali di tutti i beni comprendevano tutto ciò che apparteneva in atto a' socii, o che poteva essere acquistato da' medesimi per qualunque causa, come per successione, donazione, legato ec., meno che non si fosse fatta una espressa riserva. *In societate omnium bonorum, omnes res quae cocuntium sunt, continuo communicantur.* Quindi. i debiti passivi ed altri pesi della società si doveano soddisfare dal fondo comune, a di cui profitto andavano anche tutti gli acquisti parziarii de' socii; ma siccome i guadagni illeciti ed inonesti non entravano nella società, così nè anche la società dovea sopportare le spese del giuoco e del libertinaggio del socio. *LL. 52, 53 e 59 ff. pro socio.*

Nelle società universali de' profitti e de' guadagni non si comprendevano le successioni, i legati, le donazioni, nè quel che il socio poteva acquistare fuori della sua industria; e quindi nè anche i debiti attivi e passivi erano a peso, o a carico della società. *LL. 13 e 71 ff. pro socio.*

In fine, le società particolari s' intendevano li-

---

una società; scopo che non poteva altrimenti conseguire, che stabilendo doversi ogni società contrarre per mezzo della scrittura. Vedi Tommaso Nani, *annotazioni sopra* Gin, *vol.* 6.

mitate a quella specie di beni, o di commerci, che i socii aveano messo in comune senza potersi estendere ad altro; e se il contratto si fosse espresso in termini ambigui, dovea interpetrarsi secondo l'intenzione de' contraenti. *Ex affectione cuiusque capit interpetrationem*, come si esprime la legge 168 *ff. de reg. iur.* Vedi ancora la legge 52 *ff. pro socio.*

Delle diverse specie di società per dritto francese e vigente.

§. 96. Le leggi francesi e vigenti riconoscono anche 1. la società di tutti i beni presenti; 2. la società universale de' guadagni; 3. la società particolare, e determinano i caratteri proprii di ciascuna di esse.

Così, « *la società di tutti i beni presenti è* » quella colla quale i socii mettono in comune tutti » i beni mobili ed immobili che posseggono at- » tualmente, gli utili che potranno ricavarne, ed » ogni altra specie di guadagno »; art. 1709 (- 1837 -).

« *La società universale de' guadagni* com- » prende tutto ciò che le parti saranno per acqui- » stare colla loro industria per qualsivoglia titolo, » durante il corso della società »; art. 1710 (- 1838 -).

In fine, « la *società particolare* non ha per » oggetto se non certe determinate cose, o il loro » uso, ovvero i frutti che se ne possono ritrarre, » od in fine una impresa determinata, o l'esercizio » di qualche professione o mestiere »; art. 1713 e 1714 (- 1841 *e* 1842 -).

Le le nuove leggi determinano, che nella società di tutti i beni presenti non debbono comprendersi i beni che il socio potrà acquistare per successione, donazione o legato se non in quanto al

solo usufrutto, e che non si può nè anche convenire che divenisse comune la proprietà di ta'beni, perchè la convenzione sarebbe nulla; che nella società universale de' guadagni s'intendono compresi i mobili che ciascuno de' socii possiede nel tempo del contratto, ma che gl' immobili non s'intendono compresi se non in quanto al solo usufrutto; che, in fine, quando il contratto di società è stato qualificato col nome di società universale senz' altra dichiarazione, essa non induce che la sola società universale de' guadagni; art. 1709, 1710 e 1711 (-1837, 1838 *e* 1839-) (1).

Siccome poi la società universale induce necessariamente l'obbligo di doversi conferire in comune o i beni, od i profitti, così è ragionevole che non potesse aver luogo veruna società universale, eccetto che fra persone capaci di dare o di ricevere scambievolmente l' una dall' altra, ed alle quali non sia vietato il guadagno pel danno che ne derivi ad altrui; art. 1712 (-1840-).

---

(1) Queste disposizioni furono dettate dalla saggezza de' moderni legislatori, sulla considerazione che gli atti di società potrebbero mascherare quelli di donazione, e quindi il divieto di potersi donare i beni futuri potrebbe facilmente eludersi, ove non fosse egualmente vietato di potersi comprendere i beni futuri in un contratto di società. Altronde l' eguaglianza in simili contratti non sarebbe che apparente, nel tempo che la dissuguaglianza potrebbe essere vistosa, potendo una delle parti essere nell' aspettativa sicura e prossima di migliorare esuberantemente la sua fortuna, mentre che l' altra non avrà a sperare nessun aumento a' suoi capitali. Vedi Trehillard, *esposizione de' motivi*, *n.* 78.

La stessa ragione ha dettato le sanzioni dell' articolo 1712 (-1840-).

CAPITOLO III.

Delle obbligazioni de' socii tra loro e relativamente a' terzi.

SEZIONE I.

Delle obbligazioni de' socii tra loro.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 97. I principii del dritto romano relativamente alle obbligazioni de' socii fra loro possono ridursi a'seguenti: 1. unione e fedeltà, dovendosi i socii riputare in una specie di fraternità, come si esprime la legge 63 *ff. pro socio: societas ius quodammodo fraternitatis in se habet.* E colla legge 3, *eod. eod.*, si dice: *in societatis contrahentibus fides excuberet.* 2. Cura e vigilanza degli affari della società, essendo tenuti del dolo e della colpa grave, non mai de'casi fortuiti; *ll.* 52 *ff. pro socio*, e 72 *ff. eod.* 3. Che la società dovesse considerarsi riguardo a'socii come una persona morale, a cui erano tenuti d'indennizzare di tutti i danni che si cagionavano, e dalla quale doveano essere indennizzati di tutte le spese che si facevano in profitto della società, dovendo ancora la società istessa indennizzare quel socio che per vantaggio della società si fosse esposto a qualche pericolo, od avesse avuto qualche danno; *ll.* 52, 60 e 67 *ff. pro socio.* 4. Che un socio niente potesse fare senza il consenso degli altri; *l.* 28 *ff. communi dividundo.* 6. Che, finalmente, se un socio si trovava debitore della società senza mala fede, gli si doveano usare tutte le agevolazioni possibili, di modo che, secondo l'autorità del giureconsulto Sabino, *habenda ratio ne egeat. LL.* 63 *ff. pro socio*, e 173 *ff. de reg. iur.*

§. 98. Le nuove leggi permettono qualunque clausola che i socii inserir volessero nel loro contratto; ma la buona fede, ch'è l'anima della società, non permette giammai che si gettassero su di uno de' socii tutti i pesi, e che l'altro venisse, per l'opposto, gratificato di tutti i benefizii. L'eguaglianza non debb' essere mai violata, essendo necessaria una proporzione equa tra la rata dell' impiego ed il vantaggio di ciascun socio, comunque la rata del vantaggio potesse essere differente, avuto riguardo alle tante circostanze che possono rendere più o meno proficua la cooperazione di un socio a fronte dell'altro; ma è sempre necessario che vi sia realtà, per potersi compensare la diversità de'servigii colla diversità de'profitti, altrimenti la convenzione sarebbe leonina, e quindi riprovata dalle leggi; art. 1727 (-1855-) (1).

---

(1) Giustiniano, col titolo 26 delle istituzioni, §. 2, dice: *et adeo contra Quinti Mutii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod et ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia lucrum, in alia damnum illatum sit: compensatione facta, solum, quod superest, intelligatur lucro esse.*

Il trascritto testo di Giustiniano ha dato luogo ad infinite dispute, come è da vedersi in Wisembachio, Ottomanno, *l.* 63 *ff. pro socio*; Gail, *osservazione* 34; Tommaso Nani, *note a* Gin, *vol.* 6, *pag.* 20, *n.* 15.

Le nuove leggi, troncando ogni disputa coll' articolo 1727 (-1855-), e qualificando come leonina una tale società, l'hanno dichiarata assolutamente nulla.

In vero, non potrebbe esistere un vero consenso in un contratto di società, quando un solo riporterebbe un profitto, e la legge, nel qualificare col nome di *leonina* una simile

Questo principio regolar dee il modo di amministrazione e di divisione tra socii, quando essi l'esprimono col contratto; ma in mancanza di convenzione la legge supplisce colle regole seguenti:

1. La società s' intende incominciata nel momento del contratto se in esso non si stabilisca un'epoca diversa, e continua durante la vita de' socii, e fino ad una rinunzia valevole per parte di essi, o finchè l' affare particolare, che n'è l'oggetto, sia terminato; art. 1715, 1716 e 1741 (-1843, 1844 *e* 1869-).

2. Il socio deve mettere in collazione quanto ha promesso; egli è garante dell' evizione di ciò che ha portato; è debitore degl'interessi dal giorno in cui dovea fare il pagamento, non che di quelle somme che avesse impiegate per suo uso particolare, senza pregiudizio di maggiori danni ed interessi, se vi è luogo; art. 1717 e 1718 (-1845 *e* 1846-).

3. Se il socio avesse promesso la sua industria, deve alla società tutti i lucri che l'industria avrebbe potuto procurargli. Se poi fosse creditore di una somma esigibile di una persona ch'è parimenti debitrice della società, egli far dee di ciò che riceve una giusta imputazione su i due crediti, ancorchè colla quietanza avesse fatta l' intera imputazione sul suo credito particolare, non permettendo la buona fede ch'egli si occupasse meno del credito della società, che del suo credito particolare; art. 1719 e 1720 (-1847 *e* 1848-).

---

società, ha voluto esprimere che, ove da una parte vi sia la forza e dall' altra la debolezza, non può esservi alcun trattato, poichè non vi esiste nè libertà, nè consenso. Vedi Trehillard, *esposizione de' motivi*, *n.* 78. Questo era ancora il sentimento di Cassio, come attesta Aristone colla legge 29 *ff. pro socio.*

4. Qualora il socio che si trovasse nel caso previsto dal numero precedente, avesse colla quietanza dichiarato che l'imputazione dovesse farsi interamente sul credito della società, la legge rende irretrattabile una tal dichiarazione, perchè giustamente presume che il socio creditore abbia altronde assicurato il suo credito personale, allorchè ha imputato l'esatto in vantaggio della società; articoli sopra citati.

5. Quando uno de' socii abbia ricevuto l'intera sua porzione di un credito comune, ed il debitore diventi poi non solvente, questo socio dovrà conferire nella massa comune ciò che ha ricevuto, quantunque abbia fatto la quietanza specialmente per la sua porzione; art. 1721 (-1849-).

6. Se un socio ha cagionati alla società danni per sua colpa è obbligato a ripararli senza poter offrir compenso co' profitti che la sua industria ha potuto procurare alla società, poichè i lucri non sono suoi, ma appartengono alla società istessa.

Per l'istessa ragione se un socio ha sborsato somme per la società, se ha contratto in buona fede obbligazioni per gli affari sociali, e pe' rischi inseparabili dalla sua amministrazione, egli ha dritto di esser indennizzato dalla società; art. 1722 e 1724 (-1850 *e* 1852-).

7. Se la società ebbe per oggetto il semplice usufrutto, il socio che dee conferirlo rimane sempre proprietario della cosa soggetta ad usufrutto, e quindi essa rimane a suo rischio. Ciò però non ha luogo quando si tratta di cose fungibili, o anche semplicemente di cose che si deteriorano conservandole, poichè in questi casi non si presume che i socii abbiano inteso di dare alla società il dritto di disporne a titolo di proprietario, salva la prededuzione nello scioglimento della società.

Se poi la società abbia avuto per oggetto cose non fugibili, ma che da' socii sono state destinate ad essere vendute, o che furono messe in società, previa stima, tali cose rimangono a rischio della società, a beneficio della quale s' intende nel primo caso di essersi conferita non la cosa per sè stessa, ma la somma che se ne ritrarrà dalla vendita, e nel secondo caso s' intende conferito il godimento dell' ammontare della stima, per cui quando la cosa perisse, non può che l'ammontare della stima ripetersi dal socio proprietario; art. 1723 (-1851-).

8. Se l' atto di società non determina la porzione de' socii, nè i beneficii, nè le perdite, queste saranno eguali in proporzione di ciò che ciascuno ha conferito nel fondo della società. Quello tra essi che non abbia conferita se non la propria industria, non potrà avere che una parte eguale a colui che avesse conferita una somma minore; art. 1725 (-1853-).

9. Se i socii convengono di rimettersi ad un arbitro per dirimere le quistioni che potessero tra loro insorgere, l' arbitramento dev' essere sacro, e qualora contenesse qualche disposizione contraria all' equità, non può ammettersi reclamo da parte del socio che si crede leso dopo tre mesi dal dì ch' ebbe notizia dell' arbitramento, o quando abbia incominciato ad eseguirlo; art. 1726 (-1854-).

10. In fine, essendo la società *species fraternitatis*, nel contrarre la quale ciascuno de' socii riposa principalmente nelle qualità personali del suo socio, è evidente che se alcuno de' socii associasse un terzo nella società, questa non è tenuta a riconoscerlo, ma egli sarà solamente socio di colui che lo ha reso partecipe della sua porzione. Se questa terza persona cagiona danni, dee sostituirli il so-

cio che lo ha prescelto; se procura vantaggii, sempre il socio dovrà rispondere degli uni, e partecipare degli altri per rispetto al rimanente de'socii; salva a lui l'azione contro della persona associata per essere fatto indenne in caso di danni provvenienti da negligenze o da frodi; art. 1733 (-1861-). Vedi Domat, *leggi civili, parte* 1, *lib.* 1, *tit.* 8, *sez.* 4, *n.* 9 *e* 10.

Sezione II.

Delle obbligazioni de' socii verso i terzi.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 99. Secondo le teorie del dritto romano facevasi distinzione, se i socii amministravano tra loro in comune *pro indiviso*; se aveansi divisa l'amministrazione; se un di loro l'avea assunta col consenso degli altri; se finalmente l'aveano commessa ad una persona estranea. Nel primo caso ciascun socio non potea obbligare verso i terzi che la propria quota; negli altri casi poi erano tenuti insolido verso i terzi, e tutti risponder doveano della colpa lata, lieve e lievissima. *LL.* 52 *ff. pro socio;* 2, 3 *e* 4 *de exercitoria actione;* 1, 2, *e* 3 *cod. de rerum communium alienatione.*

Delle obbligazioni de' socii verso i terzi per dritto francese e vigente.

§. 100. Le società che possono formarsi tra i cittadini per qualunque altro oggetto, fuorchè per affari di commercio, racchiudono in due semplicissime nozioni tutte le obbligazioni de' socii verso i terzi, cioè 1. che non vi è mai solidità nelle obbligazioni se non in conseguenza di una stipulazione espressa; 2. che ogni convenzione obbliga so-

lamente coloro i quali l'hanno formata e che si presume di conoscerne legalmente le condizioni; art. 1734 (-1862-).

Il primo principio consagrato dalle nuove leggi è un'applicazione della massima che l'insolidanza non può partire che dalla propria volontà dell' obbligato. Quindi, l' obbligazione di un solo non impegna gli altri, se costoro non glie ne abbiano espressamente data la facoltà di obbligarsi in nome de'medesimi.

Il secondo principio non è meno la conseguenza di quell'equità naturale e di quella buona fede ch' esser debbono l'anima di tutti i contratti, e particolarmente di quello di società. Il socio non può col suo fatto obbligare la società con dichiarare soltanto che l' obbligazione fu contratta per conto sociale. Ciò avrà luogo unicamente quando o la facoltà degli altri socii realmente esiste, o la cosa siasi convertita in vantaggio della società; art. 1736 (-1864-).

In fine, supponendo ragionevolmente la legge che il terzo il quale contratta co'socii ignorar dovesse le roro particolari convenzioni, stabilisce ch' egli possa da ciascuno di essi domandare una porzione eguale al suo credito, meno che non sia stato avvisato della convenzione medesima, che uno de' socii avea una parte minore degli altri, e ch' egli in proporzione della sua quota intendeva obbligarsi; art. 1735 (-1863-).

CAPITOLO IV.

Dell' amministrazione della società.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 101. Per dritto romano quello tra i socii incaricato dell'amministrazione nell'atto della società

poteva amministrare malgrado le opposizioni de'socii medesimi, salvo a costoro di poter chiedere i conti dell'amministrazione e quindi risolvere la società. Ma, se dopo contratta la società, l'amministrazione fosse affidata ad uno de' socii, questi non era che un mandatario, ed il mandato poteasi in ogni tempo rivocare. *L. 65 ff. pro socio.*

Allorchè poi nè col contratto di socità, nè posteriormente erasi ad alcuno affidata l'amministrazione, ciascun socio poteva amministrare nell' interesse comune, ma non poteva alienare od obbligare più della sua porzione, nè poteva assumere obbligazioni in faccia a' terzi anche a nome degli altri socii, nè fare alcuna innovazione contro la loro volontà. *LL.* 39, 52, 82 *e* 68 *ff. pro socio*; 16 *ff. de reb. credit.; e* 28 *ff. commun. dividund.*

Quando, in fine, l'amministrazione erasi affidata ad un socio, ma coll' obbligo di dover consultare gli altri nel disimpegno de' negozii, della esecuzione de' quali egli era esclusivamente incaricato, il socio amministratore non potea sostituirne altri al disimpegno, ancorchè impossibilitato ad agire per causa di malattia. *L. 1 ff. de exercit. action.*

Dell' amministrazione della società per dritto francese e vigente.

§. 102. Le nuove leggi, uniformemente a'principii del dritto romano e della ragion naturale, lasciano anche alla libertà de'socii di poter pattuire come loro meglio aggrada sul modo dell' amministrazione. Essi quindi possono nominare il socio amministratore, sia nell' atto di società, sia dopo essersi la medesima contratta; possono nominare uno, o più amministratori, e questi, sia con determinazione delle loro rispettive funzioni, sia senza determinarle, sia coll'obbligo di non poter agire

l' uno senza il consenso dell' altro, sia senza fargli limitazione alcuna. Tali patti sono sempre da osservarsi, purchè dipendenti dalla libera volontà delle parti, e nulla contengano di contrario all' equità naturale; ma nel primo caso il socio può fare tutti gli atti di amministrazione malgrado l'opposizione degli altri socii, i quali solamente possono chiedergli conto dell'oprato; nel secondo caso il socio amministatore si considera come un mandatario, e quindi il mandato è sempre rivocabile; quando più socii sono incaricati di amministrare senza essersi determinate le loro funzioni, e senza che l'uno dovesse dipendere dall' altro, ciascuno può separatamente amministrare per la sua parte; in fine, quando si è convenuto che niuno degli amministratori potesse far cosa senza dell' altro, questa clausola debbe osservarsi a rigore.

In ogni caso però il socio che non è amministratore non può nè obbligare, nè vendere nè anche gli oggetti mobili facienti parte della società; art. 1728, 1729, 1730 e 1732 (-1856, 1857, 1858 *e* 1860-).

Quante volte poi i socii nulla avessero convenuto circa il modo dell' amministrazione, la legge supplisce alla volontà dell'uomo in un atto di competenza del dritto naturale e di buona fede, dettando le norme che la ragione istessa suggerisce, e l'equità naturale altamente raccomanda sul vantaggio della società. Tali norme sono le seguenti:

1. In mancanza di speciali convenzioni si presume che i socii abbiansi data reciprocamente la facoltà di amministrare l' uno per l' altro. Quindi, il fatto di ciascuno è valido anche per la parte de' consocii, ancorchè non abbia riportato il loro consenso; salvo a costoro, o ad uno di essi, il dritto di opporsi all' operazione, prima che sia terminata.

2. Ciascun socio può servirsi delle cose appartenenti alla società, purchè le impieghi secondo la loro destinazione fissata dall' uso, e non se ne serva contro l' interesse della società, o in modo che impedisca a' suoi socii di servirsene secondo il loro dritto.

3. Ciascun socio ha dritto di obbligare i consocii a concorrere con esso alle spese necessarie per la conservazione delle cose della società.

4. Uno de' socii non può far innovazione sopra gl' immobili dipendenti dalla società, ancorchè le creda vantaggiose alla stessa, se gli altri socii non vi acconsentano; art. 1731 (-1859-).

CAPITOLO V.

Delle diverse maniere con cui finisce la società.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 103. Le teorie del dritto romano, riguardo allo scioglimento della società, sono state quasi letteralmente ritenute da' novelli legislatori, come si osserverà col paragrafo che segue; per lo che non vi è parallelo a fare.

Noi noteremo solamente poche differenze che sono le seguenti:

1. L'erede non era obbligato a continuare la società, ma, come successore ne' dritti e negli obblighi del defunto, avea parte ne'lucri e nelle perdite che percepito o sofferto avrebbe il defunto istesso, sia che provenissero da affari terminati, sia che derivassero da affari pendenti. *Licet enim haeres* (son parole della legge 63 *ff. pro socio*) *socius non sit, attamen emolumento successor est.*

Inoltre, l'erede era obbligato di adempiere a

quel che il defunto erasi incaricato di fare, usando la medesima cura e la medesima fedeltà, a cui il defunto sarebbe stato tenuto. *L.* 40 *ff. pro socio.*

In fine, l'erede del socio era tenuto verso la società del fatto del defunto e di tutta la perdita che quegli avesse potuto recarle, sia per effetto di mala fede, sia per colpa lata. *LL.* 35 *e* 36 *ff. pro socio.*

Se poi i socii avessero convenuto che la società continuar dovesse tra i superstiti in caso della morte di uno di loro, la convenzione era valida, e l'erede del socio defunto avea gli stessi dritti che gli competevano se la società fosse disciolta, e che sono stati da noi precedentemente indicati. *L.* 65 *ff. pro socio.*

2. In quanto alla rinunzia di uno de'socii alla società, il dritto romano permetteva di potersi fare anche prima del termine convenuto, purchè non fosse fraudolenta, dolosa, od intempestiva. *LL.* 14, 15, 16, 63, 64 e 65 *ff. pro socio.*

Delle diverse maniere con cui finisce la società per dritto francese e vigente.

§. 104. La natura del contratto di società ci rende agevole il conoscere le cause del suo scioglimento.

Trattandosi di un contratto consensuale di buona fede, e di cui la scambievole confidenza dei socii n'è il vero vincolo, è evidente che la società finisce

1. per lo spirare del tempo pel quale fu contratta;

2. per l'estinzione della cosa, o pel compimento della negoziazione;

3. per la morte di alcuno de'socii;

4. per la condanna a pena perpetua, per la interdizione e per la decozione di alcuno di essi;

5. per la volontà espressa di uno o più socii di non voler continuare la società; art. 1737 (-1865-).

Sulla prima causa di scioglimento del contratto di società osserviamo, che il termine può prorogarsi di comun consenso de' socii, ma sempre coll' obbligo di esprimere questo consenso in iscritto, quando l' oggetto della società ecceda i ducati cinquanta; art. 1738 (-1866-).

Sulla seconda osserviamo, che quando trattasi di affare determinato e di già finito, la società ha compiuto il suo scopo, e quindi naturalmente deve spirare. Quando poi è perita la cosa formante da sè sola il fondo sociale, l' oggetto della società cessa del pari; ma se si fosse messa in comunione la proprietà di un immobile, la società si scioglie se la perdita avviene pria di essersi realmente conferita, perchè, estinguendosi dopo, la società continua, ed il socio ha dritto di esserne rimborsato in proporzione, perchè la perdita è avvenuta per la società e non per lui. Per l' opposto, quando il socio avesse promesso di conferire la proprietà di un immobile e non l' avesse poi conferita, o quando avesse messo in società la sola percezione de' frutti, ritenendo presso di sè la proprietà, in qualsivoglia tempo avvenga la perdita del fondo, la società non può continuare a sussistere; art. 1739 (-1867-).

Sulla terza osserviamo, che comunque la morte del socio risolvesse necessariamente la società riguardo a tutti i socii, pur tuttavolta, ignorandosene la morte, le operazioni sociali posteriormente eseguite debbono continuare a regolarsi colle leggi della società. I socii sono tra essi in certo modo riguardati come mandatarii, e tutto ciò che fa il

mandatario nel tempo in cui ignora la morte del mandante è riputato ben fatto ; art. 1880 (- 2008 -).

Inoltre, le nuove leggi permettono che col contratto di società potesse pattuirsi , che la società dovesse continuare coll' erede , o fra i socii superstiti , disponendo che nel primo caso la società continuar dovesse colle stesse leggi che la regolavano col defunto, mentre nel secondo caso all' erede non accordano se non il dritto alla divisione della società nello stato in cui trovavasi alla morte del socio, senza renderlo partecipe de' vantaggii ulteriori se non in quanto essi siano la conseguenza necessaria delle operazioni fatte pria della morte del socio ; art. 1740 (- 1868 -) (1).

---

(1) L' articolo 1737 (- 1865 -), nel sanzionare che la società si estingue con la morte di uno de' socii, non ha altro senso se non che un tale avvenimento fa cessare il corso di ogni altra operazione commerciale , in modo che la società nè acquista nuovi dritti, nè contrae nuovi obblighi ; ma i dritti già acquistati e gli obblighi formati stanno fermi pel socio superstite e per gli eredi del defunto. Questi dritti e questi obblighi, già esistenti e già inerenti al patrimonio di ambedue i socii, non possono staccarsi dal patrimonio del defunto , ed incorporarsi tutti interi al patrimonio del superstite Per gli obblighi contratti vi sarebbe ingiustizia a danno del superstite , al di cui patrimonio solo graviterebbe tutto il peso divisibile prima tra i due socii , e, per l' opposto, in quanto a'dritti vi sarebbe ingiustizia a danno del patrimonio del defunto , perchè strapperebbero dal medesimo taluni dritti già acquistati.Agli occhi della legge il dritto alla cosa vale la cosa istessa: del pari ogni obbligo su i beni racchiude una diminuzione de' beni medesimi. I dritti di già acquistati si dividono come le cose esistenti. Per lo stesso principio si adempie agli obblighi. Una teoria contraria supporrebbe alla morte di uno de'socii un aumento od una diminuzione di uno de' patrimonii , secondo che vi fossero dritti da esercitare, od obblighi d'adempiere. L'arti-

Sulla quarta osserviamo, che il dritto francese ammetteva la morte civile tra le cause di scioglimento del contratto di società, ma rimossa dalle nostre leggi la morte civile, vi abbiamo sostituito in vece la condanna a pena perpetua. Osserviamo altresì che l' interdizione o la decozione di uno de' socii, facendo mancare la confidenza nella persona e l' eguaglianza nel contratto, non può far più sussistere la società, poichè essa riposava principalmente su queste due basi; art. 1737 (-1865-).

Sulla quinta in fine osserviamo, che il contratto di società, essendo consensuale, non può più sussistere malgrado il consenso de' socii, poichè altrimenti essa diverrebbe una sorgente inesauribile di litigii, d' inimicizie, di contestazioni e di sciagura comune.

---

colo 1740 (-1868-) contiene l'applicazione degli esposti principii, poichè nel caso in cui gli eredi del defunto non hanno dritto alla continuazione della società, ciò non li esclude dal partecipare a quello ch'è una conseguenza necessaria di un atto sociale fatto in vita del socio defunto. Altronde, come ha ben osservato Pothier, trattato *del contratto di società*, *n.* 144 *e seg.*, il socio stipulante un vantaggio nella società per lui può bene stipulare eziandio che altri dopo la sua morte fosse partecipe del suo vantaggio, tanto più che l'erede, essendo tenuto verso la società di condurre a perfezione le opere incominciate dal socio già estinto, era ben giusto che fosse compensato de' vantaggi riportati in vita dal di lui autore. Vedi Maleville sull'articolo 1863 *codice francese*; Merlin, *repertorio*, alla *voce société*, *sez.* 7, *e quistioni di dritto*, alla voce *eropier*.

Queste teorie sono state da noi sostenute nella causa tra D. Francesco Saverio Samengo e D. Vincenzo Straticò di Lungro; ed approvate dal tribunal civile con sentenza del 24 Maggio 1830, e dalla Corte Suprema di Giustizia con decisione del. . . . . si annullò quella della gran Corte civile di Catanzaro del 12 Luglio 1830, che avea rivocato la sentenza del tribunal civile.

Sul proposito però è necessario distinguere tra società aventi per oggetto affari indeterminati ed a tempo illimitato, e quelle società che son fatte per un determinato tempo. Nel primo caso, lo scioglimento della società si effettua mediante una rinunzia notificata a tutti i socii (1), purchè non sia

(1) Delvincourt, *tom.* 8, *pag.* 112, *nota* 65, insegna 1. che, ove siasi omesso di notificare la rinunzia ad un solo de' socii, la società continua rispetto a lui tanto col rinunziante, quanto con quelli cui fu notificata la rinunzia; 2. che, in mancanza di notificazione della rinunzia, la società continua nel senso che se vi è guadagno, il socio non notificato può prendervi parte, mentre che se vi è perdita, non è tenuto a contribuirvi, giusta il disposto della legge 17 *ff. pro socio*, ed invoca in sostegno della sua opinione la legge citata.

Con tutto il rispetto dovuto a questo sommo commentatore del dritto, noi non crediamo di poterci uniformare alla sua opinione, perchè la legge da lui invocata non è applicabile alla specie. In vero, la legge 17, *ff. pro socio*, non parla già della mancanza della denunzia dell'atto rinunciativo ad uno de'socii, ma suppone il caso della rinunzia notificata ad un socio assente, e determina i dritti del rinunziante e del rinunziato durante il tempo che dee trascorrere fino a che non perverrà la notizia della rinunzia all'assente. Ecco il testo della legge citata: *Si absenti renunciata Societas sit, quoad is sciert quod is adquisivit qui renunciavit in commune redigi; detrimentum autem socius eius esse qui renunciaverit: sed quod absens adquisiit, ad solum eum pertinere; detrimentum ab eo factum commune esse.* Il caso proposto in questa legge, come ognun vede, è ben diverso da quello immaginato da Delvincourt. Quivi si è voluto aver riguardo all' assente ch' è in buona fede; per lui la società non è disciolta fino a che la notizia della rinunzia non gli sia pervenuta. In conseguenza fino a questo momento egli gode di tutti i lucri della società, sia che vengano fatti da lui, sia dal socio rinunziante, colla differenza che costui non può profittare de' lucri fatti dall' assente su i quali dopo la rinunzia non ha potuto più far capitale. E per la ragione

estemporanea o dolosa; nel secondo caso poi lo scioglimento non può domandarsi pria che sia spirato il termine stabilito, meno che non vi esistessero giusti e gravi motivi, come sarebbe il caso in cui uno de' socii mancasse agl' impegni contratti, o che una malattia abituale rendesse inabile agli affari sociali colui che nella società si era obbligato di conferire la sua industria personale; art. 1741, 1742 e 1743 (-1869, 1870 *e* 1871-).

Finita la società, *cautiones interponendae sunt in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate, quia nihilominus divisio rerum superest*, come si esprimevano i giureconsulti romani colle leggi 27, 30, 38 e 65 *ff. pro socio*.

In fatti, finita la società, i socii si riprendono i rispettivi capitali, si dividono i lucri e le perdite, e prender devono necessarie cautele pe' debiti da soddisfare, e per le spese da farsi. Ecco perchè le nuove leggi dispongono che dopo sciolta la società, i socii debbano uniformarsi alle regole concernenti la divisione dell' eredità, alla forma di tale divisione, ed alle obbligazioni che risultano fra coe-

---

inversa, le perdite fatte dal rinunziante debbono andar tutte a suo carico, perchè nel tempo in cui queste avvennero, cioè dopo la rinunzia, non potea egli calcolare sull'assente, alla di cui società avea rinunziato, mentre le perdite fatte in tal frattempo dall'assente, ch' era in buona fede, debbono andare a carico comune. Per queste considerazioni noi portiamo avviso che nella specie proposta colla nota di Delvincourt bisogna stare al testo dell' articolo 1741 leggi civili, il quale imperiosamente stabilisce che la rinunzia debba essere notificata a tutti i socii, per poter produrre il suo effetto legale, cioè lo scioglimento della società, perchè, essendo questa un corpo morale che si compone di tutti i singoli socii, se ad un solo di essi si è mancato di notificare la rinunzia, la società continua a sussistere per tutti.

redi; regole che da noi sono state esposte col tomo II, §§. 155 e 160; art. 760, 796, 803, 807 e 1744 (-841, 876, 883, 887 *e* 1872-).

Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente al contratto di società.

§. 105. Per dritto del nostro regno pria del 1809 seguivansi i principii del dritto romano relativamente al contratto di società; per lo che non vi è alcun confronto a fare.

LEZIONE SESTA.

Del mandato.

CAPITOLO I.

Della natura e della forma del mandato.

Nozioni preliminari.

§. 106. I contratti, de' quali si è finora occupato il legislatore, per la maggior parte hanno per oggetto o la trasmissione della proprietà, o la trasmissione di un uso, o di un godimento, sia reciproco, sia in vantaggio di un solo de'contraenti; ma il mandato riposa su di altre basi, poichè la confidenza da parte del committente, un attaccamanto ufficioso per parte del mandatario, formano soli il principio ed il vincolo di questo contratto. Vedi Tarrible, *esposizione de' motivi*, *n.* 90.

In vero, l'uomo naturalmente è spinto a provveder da sè stesso a' proprii affari, ma le malattie e gli ostacoli di ogni genere spesso contrastano i suoi desiderii, ed ove egli non potesse cofidarne l'esecuzione ad un suo amico, d'infinite risorse mancherebbe lo stato sociale.

Spiegare la natura e le forme del contratto; determinare le obbligazioni del mandatario e del mandante; esporre le diverse maniere col quale il mandato si estingue, facendo sempre il parallelo col dritto preesistente, ecco gli oggetti della presente lezione.

Della definizione e della forma del mandato per dritto romano, e delle sue diverse specie.

§. 107. Il mandato, secondo i principii del dritto romano, era uno de' quattro contratti consensuali, come abbiamo osservato col tomo IV, §. 2. Esso era definito, *contractus quo quis negotium gerendum alicui committit, gratis illud suscipienti, animo invicem contrahendae obligationis* (1), perchè in effetti il mandatario era tenuto a far tutto ciò che avrebbe potuto fare il mandante istesso: *id facere quod dominus faceret. L. 35 ff. de procuratorib.*

Questo contratto riposava sull'amicizia, perchè *originem ex officiis, atque amicitia trahit*, come si esprime la legge 1 *ff. mandat.* Potea farsi per mezzo di un atto pubblico, con semplice lettera, biglietto, o per mezzo di un nunzio; potea essere puro o condizionato; potea essere generale o speciale; potea contenere un' autorità indefinita o limitata; potea nominarsi un procuratore per l' affare in cui questi aveva interesse, o era d' interesse del solo mandante, od anche di un terzo; ma in ogni caso il mandato era sempre gratuito, ed ove si convenisse di qualche salario, degenerava in contratto di locazione.

---

(1) Vedi Pothier, *in pandectas Iustinianeas, lib.* 17, *tit* 1.

Così, la legge 1 *ff. mandat. vel contra: est officio merces: interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit.* Vedi le leggi riportate co' titoli *de procurator. et mandatoribus*, non che le *Jstituzioni, tit. de mandato.* (1).

Era una conseguenza dipendente dalla natura del mandato, che il mandatario non potesse eccederne i limiti, dacchè egli non agiva che in nome del mandante da cui avea ricevuta la facoltà. E poichè il mandato non limitavasi d' ordinario che agli atti di amministrazione, richiedevasi una espressa facoltà per la vendita e per l' ipoteca. *LL.* 60 *e* 73 *ff. mandat.*

In fine, è chiaro che coloro i quali non aveano facoltà di amministrare, come i minori, gl' interdetti, i prodighi, non potevano divenire mandatarii, meno che i primi non avesser ottenuto la venia dell'età. *LL.* 1 *e* 2 *cod. de his qui veniam aetat. impetrav.*

---

(1) Comunque il mandato fosse di sua natura gratuito, pur tuttavolta non era vietato di rimunerarsi l' opera del procuratore, e noi nella legge 6, *ff. mandati*, troviamo espressamente consagrato: *si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.*

La voce *honor* esprimeva propriamente quella somma di danaro che si dava al mandatario per onorarlo e rimunerarlo, detta *onorario* per distinguerlo dalla mercede. Ben vero, volendo i romani giureconsulti essere sempre soverchiamente attaccati al rigore de' principii del dritto, insegnavano che l' onorario dovea essere determinato nella sua quantità per potersi pretendere; *l.* 7 *ff. mandati*; e che quando la quantità non fosse determinata, il mandatario non avea azione per dimandarlo *neque extra ordinem, neque iudicio mandati. L.* 56 *ff. eodem.*

Della definizione del mandato; sua natura e sua forma per dritto francese e vigente.

§. 108. Le nuove leggi definiscono il *mandato* per « *un atto col quale una persona dà ad un' altra la facoltà di fare qualche cosa per essa ed in suo nome. Non è perfetto se non coll' accettazione del mandatario.* »

Questa definizione esprime tutti i caratteri del mandato, poichè essa ci dimostra che il consenso reciproco è il principio di questo contratto consensuale; che il mandatario rappresenta il mandante nel disimpegno dell' affare di cui è stato incaricato, per cui non può eccedere i limiti della facoltà ricevuta; che legalmente l' obbliga, poichè tratta per lui e nel suo interesse; che, in fine, il contratto non è perfetto se non quando il mandatario l' accetta sia espressamente, sia tacitamente con eseguirlo; art. 1856 (- 1984 -).

Anche per nuova legge il mandato può farsi per atto pubblico, per atto privato, per lettera, ed in fine verbalmente. Solo è da attendersi, che ove l' affare che forma l'oggetto del contratto sorpassa i ducati cinquanta, non è ammessa la pruova testimoniale; art. 1857 (- 1985 -).

Il mandato si divide in generale, o speciale; ma il mandato generale non comprende che gli atti di amministrazione, ed in conseguenza nel mandato generale non s'intende compresa la facoltà di alienare, ipotecare, transigere o compromettere; ma, a differenza del dritto romano, può per disposizione delle nuove leggi convenirsi una mercede in favore del mandatario, comunque il mandato fosse di sua natura gratuito; art. 1858, 1859 e 1860 (- 1986, 1987 *e* 1988 -) (1).

(1) Le nuove leggi hanno considerato che una ricom-

In fine, le nuove leggi, allontanandosi dalle disposizioni del dritto romano permettono che le donne maritate ed i minori emancipati potessero essere scelti per mandatarii, dichiarando validi i loro contratti in faccia a' terzi riguardo al mandante; ma in quanto alle obbligazioni tra mandante e mandatario si debbono osservare le regole relative alle obbligazioni de' minori o delle donne maritate da noi esposte col tomo I, §§. 178 e 189; e col tomo IV, §§. 8 a 9; art. 1862 (-1990-) (1).

---

pensa data o promessa non è mai riputata in questo contratto che una indennità e un segno di gratitudine, che, lungi dal cangiare la natura del servizio, non fa che rendere più sensibile il carattere.

In fatti, si considererà per avventura come un vile salario la giusta indennizzazione anche stipulata in favore di quegli uomini, i quali chiamati dalla pubblica confidenza alle onorevoli funzioni di consiglieri o di difensori dell'umanità, vi consagrano il loro tempo ed i loro penosi travagli? No certamente. Il mandato dev' essere gratuito, ma non oneroso al mandatario. Vedi Tarrible, *luogo citato*; e Gin, *Analisi ragionata del dritto civile francese*, *tomo 6*, *pag.* 187.

(1) La ragione di tal disposizione delle nuove leggi si è, ch' è del tutto indifferente alla persona colla quale si deve agire, che il mandatario abbia o no la capacità di contrarre; tutto ciò che a lui interessa si è di osservare se le intenzioni del committente, manifestate col mandato, sieno state appuntino eseguite, perchè la persona del mandatario scomparisce come un tavolato divenuto inutile dopo la costruzione dell'edificio, e la transazione, relativamente al committente solo interessato, ha tutta la solidità di cui è capace.

Non è però l' istesso delle relazioni tra il mandante ed il mandatario, poichè se quest' ultimo è incapace, le sue obbligazioni saranno sempre nulle rispetto al mandante che dovrà incolparne solo la sua propria imprudenza. Vedi Tarrible, *esposizione de' motivi*, *n.* 90.

CAPITOLO II.

Delle obbligazioni del mandatario.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 109. Necessità di eseguire il mandato accettato, intera esecuzione del medesimo, non eccedere i limiti della facoltà ricevuta, massima cura nel disimpegno, obbligo di migliorare la condizione pel committente, ecco a che si restringono i doveri del mandatario per disposizione delle leggi romane. *LL.* 5, 6, 20, 22 *e* 41 *ff. mandat.*; l'intero titolo del digesto *de procurator.*, e l'altro del codice *mandat. vel contr.*

Se il procuratore avesse mancato di eseguire la commissione senza il pregiudizio del mandante, non era tenuto a cosa alcuna.

Se due procuratori avessero ricevuto l'istesso incarico, erano tenuti solidariamente del disimpegno.

Se, in fine, di due procuratori costituiti l'uno ignorasse la commissione data all'altro, quello che il primo avea disimpegnato l'affare n'era risponsabile in esclusione dell'altro. *LL.* 32, 60 *e* 63 *ff. de procuratorib.*

Delle obbligazioni del mandatario per dritto francese e vigente.

§. 110. Le obbligazioni del mandatario altre riguardano il tempo in cui dura il mandato, altre dopo il suo termine

Le prime si restringono 1. all'esecuzione del mandato fino al suo termine, ed anche dopo la morte del mandante per gli affari che trovansi principiati, se dal ritardo possa derivarne pericolo, essendo tenuto a'danni ed interessi in caso d'inadem-

pimento; 2. ad usare tutta la diligenza di un padre di famiglia; per lo che egli è tenuto pel dolo e per le colpe. Questa risponsabilità però applicar si deve meno rigorosamente a colui il di cui mandato è gratuito; art. 1863 e 1864 (-1991 *e* 1992-).

L' obbligazione poi, che incumbe al mandatario dopo d'aver compiuto il mandato, si è quella di render conto del suo oprato, e di corrisponder al mandante tutto ciò che avesse ricevuto in forza del mandato, e tutto ciò che avesse riscosso per effetto del mandato medesimo; art. 1865 (-1993-).

Può il mandatario in forza di patto speciale essere dispensato dall'obbligo di render conto, checchè avesse insegnato in contrario Maleville sull'articolo 1993 del codice francese; ma questo patto non dispensa giammai nè dall'obbligo di restituire al mandante i titoli ed altri oggetti da lui ricevuti, nè tutto ciò che per effetto del mandato o causa del mandato avesse potuto riscuotere da altri. Vedi Pothier, trattato *del mandato, n.* 5 *e* 59.

È poi d' avvertire, che il mandatario il quale avesse prescelto altri per sostituirlo nella sua incumbenza, non sia perciò esente dagli obblighi che per la natura del mandato ha contratto verso del mandante: per cui se il mandante non gli ha dato facoltà di sostituire, il mandatario risponde del sostituto; e risponde del pari, quando, avendogli il mandante conceduta tal facoltà senza indicazione della persona, avesse egli scelta quella ch' era notoriamente insolvibile od incapace; art. 1865, 1866 e 1878 (-1993, 1994 *e* 2006-).

Comunque l' incapacità fondata sulla minore età e quella della donna maritata non impedissero al mandante di confidarle il mandato, pur tuttavolta il mandatario non può di questa facoltà avvalersi se non quando il mandante lo avesse espres-

samente a ciò autorizzato con indicazione di persona. Che se il mandatario autorizzato a sostituire senza indicazione di persona avesse prescelto una persona solvibile e capace, e che fosse in seguito divenuta incapace ed insolvibile, egli non può di nulla rispondere. Vedi Pothier, trattato *del mandato*, *n.* 105.

Dato il conto, il mandatario deve al mandante gl' interessi delle somme impiegate al proprio uso dal dì dell'impiego; e di quelle di cui sia rimasto in debito, dal dì in cui fu costituito in mora; art. 1868 (-1996-).

Allorchè in un atto si siano costituiti più procuratori, non vi ha solidanza tra essi se non è stata espressa, a differenza del dritto romano che la presumeva di dritto; art. 1155 e 1867 (-1202 *e* 1995-) (1).

Indipendentemente dalle obbligazioni che il mandatario contrae verso del mandante, egli è anche tenuto a garentire nel suo proprio nome i contratti fatti co' terzi, e ch' eccedono i limiti delle facoltà ricevute, poichè in questo caso vige la massima che ciascuno dee rispondere del fatto proprio. Così, se taluno incaricato di vendere un cavallo ne venda due, dee necessariamete garentire al com-

---

(1) Gli autori delle pandette francesi sull'articolo 1995 *cod. franc.* insegnano che quando col mandato si è espresso, che più mandatarii costituiti dovessero agire congiuntamente, vi ha sempre insolidanza in favore del mandante negli atti fatti isolatamente.

Noi crediamo che l' insolidanza non possa mai presumersi, com'è chiaramente sanzionato coll'articolo 1155 (-1202-). Piuttosto il mandante potrà non riconoscere il fatto di quel mandatario che avesse agito solo, mentrechè avea l'obbligo di agire col consenso del suo collega, come insegna Pothier, trattato *del contratto del mandato*, *n.* 99.

pratore la vendita del secondo. Così ancora, se taluno è incaricato a comprare due cavalli, ed in vece ne compra uno, non può restituire questo al venditore sotto il pretesto che il mandante non avesse voluto riceverlo. Così finalmente, se il mandatario facesse l'opposto di ciò che gli è stato ingiunto dal mandante, questi non può esser tenuto del fatto del mandatario, se l'oprato non fosse a lui più vantaggioso, ma ei non può rescindere il contratto fatto col terzo; come p. e. se, essendo incaricato di comprare tassativamente il cavallo di Tizio per un prezzo determinato, avesse in vece comprato quello di Sempronio. In tutti questi casi nè il mandante può esser obbligato del fatto del mandatario, nè questi può rescinder il contratto fatto co'terzi, verso de'quali egli è personalmente risponsabile pel fatto proprio; art. 1869 (-1997-) (1).

Questa risponsabilità non pertanto cessa quando egli avesse dato una bastante notizia delle facoltà ricevute, meno che non siasi personalmente obbligato. Vedi gli articoli sopra citati.

CAPITOLO III.

Delle obbligazioni del mandante.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 111. Gli obblighi del mandante risultanti dall'istessa natura del contratto, per dritto romano riducevansi a' seguenti:

1. Approvare ciò che il mandatario avesse fatto secondo l'autorità ricevuta. *L.* 3 *ff. mandat.*

---

(1) Vedi Pothier, trattato *del contratto del mandato*, *n.* 88, 93, 94 e 95.

2. Rimborsare il mandatario delle spese fatte per l'esecuzione del mandato, quando anche l'esito non avesse corrisposto alle mire del mandante. *L.* 10 *ff. eod.*

3. Indennizzare il mandatario anche degli interessi, se mai avesse preso danaro a prestito da altri per eseguire il disimpegno affidatogli. *L.* 10 *ff. eod.*

4. Indennizzare il mandatario delle perdite o de' danni sofferti per l'esecuzione del mandato, avuto riguardo alla natura dell'evento che ha cagionata la perdita, alla connessione di questo evento coll'incombenza eseguita, ed al rapporto della cosa perduta o del danno sofferto coll'affare che gli ha dato causa. *L.* 26 *ff. mandat.*

5. In fine, se più persone avessero costituito un sol procuratore, tutti erano tenuti solidariamente a rimborsarlo delle spese fatte, ed indennizzarlo delle perdite sofferte. *L.* 59 *ff. mandat.*

Delle obbligazioni del mandante per dritto francese e vigente.

§. 112. Le obbligazioni del mandante o riguardano le terze persone colle quali il mandatario ha contrattato in esecuzione del mandato, o riguardano il mandatario medesimo.

In quanto alle prime, le nuove leggi stabiliscono che il mandante debba eseguire tutte le obbligazioni contratte dal mandatario in conformità del potere conferitogli (1), poichè egli realmente

(1) Le espressioni dell'articolo 1870 (- 1998 -) sono le seguenti: « il mandante è tenuto ad eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario, a norma delle facoltà che gli ha date. »

non è stato che la sua immagine, non ha fatto che rappresentarlo, e quindi la fede della convenzione lo vincola pienamente, come se avesse di persona assistito alla redazione del contratto; art. 1870 (-1998-).

In quanto poi alle obbligazioni verso del mandatario, egli è tenuto 1. a rimborsargli le anticipazioni e le spese fatte per l'esecuzione del mandato; art. 1871 (-1999-). 2. Ad indennizzarlo delle perdite sofferte in occasione delle assunte incombenze; art. 1872 (-2000-). 3. A pagargli la mercede, qualora sia stata convenuta; art. 1871 (-1998-). 4. A pagargli finalmente gli interessi

---

Or può il mandatario 1. eseguire il mandato in modo diverso da quello impostogli; 2. può far tutt'altro da quello che gli è stato incaricato; 3. può far di più; 4. può far di meno.

Nel primo caso il mandante è obbligato ad eseguire il mandato, quando altronde non ne abbia ricevuto alcun danno, poichè la misura dell'eccesso de' limiti del mandato si ha nell'utile che il mandante si propone nel disimpegno dell'incarico affidato al suo procuratore. *LL.* 45 *e* 46 *ff. mandat.*; non che Pothier, trattato *del contratto di mandato*, *n.* 88 *e* 98.

Nel secondo caso il mandante non può mai rimanere obbligato, malgrado lui, comunque il disimpegno eseguito in vece dell'altro ordinatogli fosse più vantaggioso al mandante. *L.* 5 *ff. mand.*, e Pothier, *luogo citato*, *n.* 99.

Nel terzo caso vale lo stesso, poichè l'eccesso de' limiti del mandato è manifesto. *LL.* 3, 22 *e* 33 *ff. mandat.*; *e* Pothier, *luogo citato*, *n.* 93 *e* 94.

In fine, nell'ultimo caso proposto, il mandante resta obbligato, perchè nel più si contiene il meno, purchè però l'acquisto fatto per un prezzo minore corrisponda alle vedute del mandante manifestate al suo procuratore. Pothier, *luogo citato*, *n.* 95.

delle somme anticipate dal giorno in cui si è fatto il pagamento; art. 1873 (-2001-).

La legge provvida per vie maggiormente assicurare al mandatario una piena indennità, sia per le anticipazioni, sia per le perdite, stabilisce che non si possano ridurre nè le une, nè le altre se non che quando si provi di essere state l'effetto dell'imprudenza o della colpa del mandatario, l'affare abbia avuto o pur no l'esito che il mandante attendevasene. Essendosi trattato esclusivamente per lui e pel suo vantaggio, la giustizia e la riconoscenza egualmente esigono ch'ei sopportar dovesse le combinazioni del caso, al quale tutte le transazioni sociali sono sottoposte; art. 1871 e 1872 (-1999 *e* 2000-).

In fine, le nuove leggi, mentre hanno proclamata la massima che non vi è insolidanza tra più mandatarii se non quando fosse espressa, sanzionano, per l'opposto, che più mandanti per un affare comune siano tutti solidalmente tenuti verso il mandatario all'indennizzazione del mandante. Questo dovere viene imposto dalla lealtà e dalla riconoscenza, poichè tutti ricevono il servizio in comune; art. 1874 (-2002-).

CAPITOLO IV.

Delle diverse maniere colle quali si estingue il mandato.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 113. Le diverse maniere, colle quali estinguevasi il mandato, indicate colle leggi 12, 15, 17, 22 e 27 *ff. mandat.*, non che col titolo del codice *mandati vel contra,* e col titolo *de procu-*

ratorib. del digesto, sono state letteralmente ritenute dalle nuove leggi, e saranno da noi esposte col paragrafo che segue.

Delle diverse maniere colle quali si estingue il mandato per dritto francese e vigente.

§. 114. Poichè il mandato è una permuta di beneficii e di confidenze, che hanno avuto luogo tra' due contraenti; poichè esso è un ufficio di amicizia, in grazia della quale unicamente il mandatario s'induce a rappresentare l'amico in caso di assenza, di malattia, o di altro impedimento qualunque, è evidente che il mandato debba estinguersi

1. per la rivocazione della procura; 2. per la rinunzia del mandatario; 3. per la morte, per l'interdizione o per la prossima decozione, sia del mandante, sia del mandatario; art. 1875 (-2003-).

Sulla prima causa di estinzione del mandato osserviamo ch' essendo libera e spontanea la scelta del mandatario, il di costui ministero ufficioso dee necessariamente cessare a piacere del committente; per la qual cosa, o che la rivocazione sia espressa, o che si sostituisca un mandatario per lo stesso oggetto, o che finalmente sia spirato il termine designato colla procura, trattandosi di mandato a tempo determinato, la facoltà del mandatario sempre svanisce, ed il mandatario dee restituire la procura ad ogni richiesta. I terzi però non possono soffrir pregiudizio della rivocazione del mandato se non che quando la rivocazione fosse giunta a di loro notizia; art. 1876 e 1877 (-2004 *e* 2005-). Vedi Maleville sull'articolo 2004 *codice francese*, e Pothier, trattato *del mandato*, *n.* 121.

Per la stessa ragione il mandatario può sempre che gli aggrada rinunziare al mandato, purchè però la sua rinunzia non offendesse nè l'onore,

nè gli interessi del committente. Il mandatario, non rendendo che un puro servizio all' amicizia, può sempre che gli aggrada liberarsi dalla sua promessa; ma poichè questa facoltà potrebbe pregiudicare quella fiducia che il mandante ha riposto nel suo commissionato, la legge ha voluto limitarla al pregiudizio reale, meno che non venissero in collisione gli interessi del mandatario stesso, il quale fosse nella impossibilità di continuare nell' esercizio del mandato affidatogli. All'infuori di questo caso, una rinunzia intempestiva e pregiudizievole al mandante obbliga il mandatario ad indennizzarlo de' pregiudizii, di cui la rinunzia n' è stata la causa; art. 1879 (-2007-).

In fine, ognun vede che l' interdizione, il fallimento o la prossima decozione del mandante e del mandatario debbono necessariamente estinguere il mandato, poichè manca quella confidenza reciproca ch' è l' anima di questo contratto, e d' altronde que' servizii, che richieggono probità, intelligenza e responsabilità non possono essere nè resi, nè accettati da un interdetto, da un fallito, da chi è all' orlo di una prossima decozione.

La confidenza non può nè anche trasmettersi agli eredi del mandante o del mandatario, poichè essa è dono ed attributo personale; gli eredi del mandatario non hanno altro obbligo che di avvertire il committente della morte del mandatario, e di provvedere intanto a ciò che le circostanze richieggono per l' interesse del mandante; art. 1882 (-2010-). Siccome però la morte, l' interdizione, il fallimento del mandante possono essere ignorati dal mandatario, o da' terzi, così la legge dispone 1. che se il mandatario ignori la morte, la interdizione o la prossima decozione del mandante, tutto ciò che ha fatto in questa ignoranza è vali-

do; 2. che le obbligazioni contratte dal mandatario in ta' casi debbono essere eseguite da' terzi che sono in buona fede; art. 1880 e 1881 (- 2008 *e* 2009 -). Vedi Pothier, trattato *del contratto del mandato*, *n.* 119, 120 *e seg.*

Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente al mandato.

§. 115. Il dritto patrio pria del 1809 seguiva i principii consagrati dalle leggi romane relativamente al mandato; se non che erano tra noi in vigore varie prammatiche sotto i titoli *de postulando et de procuratoribus*, colle quali si davano utili provvedimenti per l'adempimento de' doveri de' procuratori detti *ad lites*. Così, colla prammatica 1 *de postulando* vietavasi a' procuratori di pattuire co' clienti il pagamento di grosse somme in caso di transazione o di favorevole sentenza nella lite loro affidata; sotto pena di tre anni di relegazione e della privazione dell' esercizio.

Colla prammatica 2, sotto lo stesso titolo, proibivasi a' chierici di far da procuratori ne' tribunali laici, meno che per le cause proprie, de' loro parenti, o di persone povere.

Colla prammatica 4 proibivasi egualmente ai chierici ed a' monaci di far d'agenti o da procuratori dei secolari estranei tanto negli affari giudiziarii e contenziosi, quanto negli altri affari di commercio.

Colle prammatiche poi 1, 2 e 3 *de procuratoribus* si stabilirono pene contro i procuratori che mancassero all' adempimento del loro dovere, e s'ingiunse loro l'obbligo di restituire le scritture relative alla causa decisa mediante il loro ministero. Vedi inoltre la prammatica 18 *de ordine et forma iudic.*, la prammatica *de offic. S. R. C.*;

non che Aloe in Domat, *tom.* 2, *lib.* 1, *tit.* 15, *pag.* 111 (1).

LEZIONE SETTIMA.

Del prestito.

Nozioni preliminari.

§. 116. La beneficenza, questo movimento interno, improviso e spontaneo che ci porta a soccorrere il nostro simile ne' suoi bisogni, c' invita spesso a prestargli ciò ch' egli implora. Il dritto di natura ce ne fa un dovere, ma il dritto civile meno severo c' impone soltanto le regole per coloro che hanno adempito od accettato una simile obbligazione.

Queste regole appunto sono quelle che noi esporremo con la massima brevità e precisione colla presente lezione.

Intanto, siccome le cose che possono prestarsi altre si consumano coll' uso, e di alcune altre può usarsi senza distruggerle, così necessarianente vi ha due specie di prestito, l'uno detto prestito ad uso, o sia

---

(1) È noto che per disposizione della legge Cincia pubblicata nell'anno 549 di Roma gli avvocati non potevano esigere mercede per la difesa de' clienti; che andata in disuso quella legge, venne quindi ristabilita da Augusto, il quale vi aggiunse che chi prendeva mercede, dovesse restituire quattro volte tanto; che, finalmente, venne moderata da Claudio nell'anno 900 di Roma, il quale ridusse le mercedi degli avvocati a diecimila sesterzi, soggettando alla legge del mal tolto chi esigesse di più. Son degne di attenzione le arringhe di Silio al senato in favore della legge Cincia, e le eloquentissime repliche di Suilio e Cossuziano che le combattereno. Vedi Tacito, *annal.*, *lib.* 11, *cap.* 6 e 7.

comodato; l'altro prestito di consumo, o sia mutuo; e di entrambi noi parleremo co' due capitoli che seguono.

CAPITOLO I.

Del prestito ad uso, o sia comodato.

SEZIONE I.

Della natura del prestito ad uso.

Definizione del comodato per dritto romano ed in che esso distinguevasi dal precario. Quali persone poteano fare simili contratti, e quali cose poteano formare la materia del comodato.

§. 117. I giureconsulti romani rapportavano fra' contratti reali il comodato, il mutuo, il deposito ed il pegno, perchè l'essenza e la perfezione di ta' contratti consisteano nella tradizione della cosa. *L.* 1 *ff. de rer. permut.*, e l'intero titolo del digesto *de praescript. verb.*

Il comodato poi definivasi *contractus initus quo certa res gratis utenda datur ad certum modum et tempus, ut finito tandem usu, in eadem specie restituatur. Institut.*, §. 1, *quibus modis re contrahitur obligatio.*

Risulta da tale definizione ch' è della essenza del comodato 1. che vi sia una cosa certa che si presta; 2. che sia determinato l' uso a cui debba servire; 3. che l'uso ne sia gratuito (1); 4. che il

(1) Se intervenisse prezzo per l' uso della cosa che si concede, il contratto cangerebbe natura, e diverrebbe una locazione, come testualmente decide Giustiniano col paragrafo 2 delle istituzioni *quibus modis re contrahitur obligatio*, checchè abbia insegnato in contrario Einecciо, *elementa iuris*, *lib.* 3, §. 800, erroneamente interpetrando la legge 6 *ff. mandati*, che non è applicabile al contratto di comodato.

comodatario debba restituirla in individuo, dacchè il comodante non ha perduto giammai nè il dominio, nè il possesso; 5. finalmente, che la cosa prestata non debba esser tale da consumarsi coll'uso. *Institut.*, §. 4, *quib. mod. re contrahitur obligat.*; *l.* 17 *ff. de praescrip. verb.*, e l'intero titolo del digesto *commodati.*

I romani riconoscevano un'altra specie di contratto molto simile al comodato, che essi chiamavano precario; ma in quest'ultimo le cose non si prestavano a certo e destinato uso, dipendendo dall'arbitrio del concedente di ripeterle a suo talento, giacchè, come si esprime Ulpiano colla legge 1 *ff. de precario*, *precarium est quod precibus petendi utendum conceditur tamdiu quandiu is qui concessit patitur.*

Oltre a ciò, il comodato era annoverato fra'contratti nominati, per cui producea obbligazione civile, mentre il precario non dava luogo ad azione alcuna, ed il concedente dovea ricorrere al rimedio pretorio contenuto nell'interdetto *de precario* per ripetere la cosa prestata. *LL.* 2, 14 *e* 19 *ff. de precario.*

In fine, il comodato potea aver luogo fra le sole persone capaci di contrattare, e per tutte le cose poste in commercio, purchè non fossero suscettibili di consumarsi coll'uso; ma perchè il comodato era un contratto *iuris gentium*, ove il comodante fosse stato un incapace, per legge naturale doveaglisi la restituzione, comunque un incapace non potesse contrattare; e per una eccezione alla regola generale poteansi talora prestare anche le cose usu consuntibili, come il danaro, il grano ec., purchè in tal caso le cose prestate servissero unicamente *ad ostentationem. Saepe* (sono parole della legge 3 *ff. commodati*) *etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.*

Della natura del prestito ad uso: tra quali persone e per quali cose può aver luogo il contratto di comodato per dritto francese e vigente.

§. 118. Le nuove leggi definiscono il *comodato* per « *un contratto col quale una delle parti* » *consegna all'altra una cosa, perchè se ne serva, coll'obbligo a colui che la riceve di restituirla dopo che se ne sia servito* »; art. 1747 (-1875-).

È un contratto di beneficenza non commutativo, perchè è utile solamente a colui che riceve il prestito.

È un contratto gratuito, perchè altrimenti degenererebbe in contratto di locazione.

È un contratto reale, poichè esige la consegna della cosa che si presta per usarsi.

In fine, il prestito non può mai trasferire nè dominio, nè possesso nel comodatario, il quale sempre possiede a nome del comodante durante il tempo e nel modo convenuto; art. 1747 a 1749 (-1875 *a* 1877-)

Da questi diversi caratteri del prestito ad uso, le nuove leggi desumono per necessaria conseguenza le seguenti massime:

1. Che il comodatario deve invigilare da buon padre di famiglia alla conservazione della cosa comodata.

2. Che non debba usare al di là del tempo convenuto, secondo la destinazione naturale della cosa, o la intenzione conosciuta del comodante.

3. Che quando può in pari tempo garentire o salvare da un periglio la sua propria cosa, o quella a lui comodata, egli deve all'uomo generoso che lo rende obbligato di non sacrificare la cosa del comodante per garentire o salvar la propria.

4. Che finalmente, se il comodante ha voluto

che la sua cosa fosse stimata, presumer si deve di aver preso questa precauzione per assicurarsi della restituzione della cosa o del suo prezzo. Vedi il rapporto del tribuno Bouttollille, *esposizione de' motivi*, *n.* 82.

Nulla poi vi ha di particolare in quanto alle persone che possono contrarre il prestito ad uso, o in quanto alle cose che possono formarne l'oggetto, dovendosi osservare le regole comuni a tutti i contratti da noi esposte col tomo IV, *pag.* 26 *a* 28, §§. 8 *e* 9 (1).

Solo è indispensabile che le cose non sieno soggette a consumarsi coll'uso, come si è osservato; art. 1750 (-1878-) (2).

In fine, le nuove leggi stabiliscono che le obbligazioni che si contraggono in forza del comodato, come azioni personali, passano agli eredi del comodante e del comodatario, meno che il prestito non sia stato fatto in contemplazione del comodatario, ed esclusivamente a lui solo; art. 1751 (-1879-).

---

(1) Vedi Pothier, trattato *del prestito ad uso*, *n.* 8, e le pandette francesi sull'articolo 1891. In conseguenza del principio consagrato di sopra, il comodato di una cosa, il di cui valore non oltrepassa i ducati cinquanta per le leggi civili e li centocinquanta franchi per dritto francese, può ben provarsi per mezzo de' testimonii. perchè la regola generale stabilita dall'articolo 1295 (-1341-) non tace se non nei casi di una eccezione espressamente sanzionata dalla legge.

(2) Le cose che si consumano coll'uso non formano oggetto del comodato, ma del mutuo. Ciò non pertanto, Maleville sull'articolo 1878 del codice francese, e Pothier, trattato *del prestito ad uso*, *n.* 17, insegnano che anche sotto l'impero delle leggi vigenti possono dare luogo al comodato le cose *usu consumtibili*, quando si diano per semplice mostra, come disponeva il dritto romano colle leggi 3 *e* 4 *ff. commodati.*

Sezione II.

De' dritti e degli obblighi del comodante e del comodatario.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 119. Dal comodato per dritto romano sorgevano due azioni, l'una *commodati directa,* che competeva al comodante contro il comodatario, e l'altra *commodati contraria*, in forza della quale il comodatario potea dirigersi contro del comodante per la esecuzione del contratto. Vedi Pothier, *vol.* 2, *n.* 75 *ad* 85.

In forza della prima, il comodatario era tenuto 1. a restituire la cosa prestata; 2. al risarcimento de' danni ed interessi verso del comodante, se si fosse deteriorata per sua colpa; 3. a' danni ed interessi pel ritardo della restituzione; 4. alla restituzione de' frutti nati dalla cosa prestata, quando fosse stata fruttifera. *LL.* 3, 4 *e* 5 *ff. commodati*; *e* 38 *ff. de usuriis.*

In forza della seconda azione, il comodante era tenuto 1. a permettere che il comodatario si servisse della cosa prestata durante il tempo convenuto, meno che non sopragiungesse un impreveduto ed urgente bisogno al comodante di servirsi della cosa stessa; 2. a rimborsarlo delle spese straordinarie fatte per la conservazione della cosa; 3. di avvertirlo de' difetti della cosa prestata, qualora fossero a sua conoscenza. *LL.* 5 *ff. commodati*; 17 *e* 18 *ff. eodem.*

L'azione *commodati directa* poi competea contro il comodatario, suoi eredi, e viceversa; l'azione *commodati contraria* competea contro il comodante e suoi eredi, perchè trattavasi di obbligazione

personale; ma siccome l'azione era divisibile, ciascuno degli eredi era tenuto *pro parte*, meno che ad uno degli eredi non fosse esclusivamente toccata in quota la cosa prestata, o quando la cosa prestata fosse perita per colpa di un solo degli eredi.

Era quistione tra Ulpiano, *l.* 5 *ff. mandati*, ed Africano, *l.* 21 *ff. eodem*, se in un prestito fatto a più persone unitamente di un corpo certo, come di un cavallo, di un bue, di un libro ec., i comodatarii fossero solidalmente tenuti all'adempimento de'loro obblighi, e le opposte sentenze de'due giureconsulti citati aveano diviso in partiti gl'interpetri, com'è da vedersi in Ottomanno, *quist.* 19, in Duareno, *tit. del comodato*, *cap.* 8, ed in Cuiacio *ad Africanum*, e tale quistione era tuttavia *sub iudice* alla pubblicazione delle nuove leggi.

Quistionavasi ancora, se deteriorata per colpa del comodatario la cosa prestata, potesse il comodante pretendere il rimborso dell' intero prezzo, offrendo di rilasciargliela, e tal quistione era ancora indecisa, com' è da vedersi in Wisembachio, *titolo del mandato*, *n.* 15.

De'dritti e degli obblighi del comodatario e del comodante per dritto francese e vigente.

§. 120. Le nuove leggi non han fatto che sanzionare con chiarezza e precisione i dritti e gli obblighi nascenti da'contratti, poichè essi altronde sono sempre immutabili, nascendo da'principii sacrosanti della ragione e della giustizia universale, che sono inalterabili sempre. Quindi, gli obblighi del comodatario, che contengono implicitamente i suoi dritti, sono i seguenti:

1. Conservare la cosa prestata da buon padre di famiglia, e non servirsene che per l'uso determinato dalla natura della cosa, o dalla convenzione art. 1752 (-1880-).

*

2. Restituire la cosa prestata dopo il termine convenuto, e se col contratto non si è fissato alcun termine, dopo che la cosa ha servito all' uso per cui fu prestata; salvo il caso in cui non sopravvenga al comodante un bisogno urgente ed impreveduto; art. 1760 e 1761 (-1888 *e* 1889-).

3. Restituirla al comodante o a chi da esso era autorizzato a riceverla, meno che il comodante non abbia cangiato di stato; art. 1194 (-1241-).

4. Restituirla nel luogo espresso col contratto, o in mancanza nel luogo ove seguì il prestito; art. 1200 (-1247-).

5. Restituirla nello stato in cui si trova, meno che non fosse deteriorata per sua colpa, o per colpa di coloro del fatto de' quali egli è risponsabile; e quando anche il comodatario fosse per altri titoli creditore del comodante, non può mai per compensazione ritenersi la cosa prestata; art. 1756 e 1757 (-1884 *e* 1885-).

6. Indennizzare il comodante della perdita o deteriorazione della cosa prestata, ancorchè fosse avvenuta per caso fortuito, sia quando l' avesse impiegata per uso diverso ed in tempo più lungo di quello che dovrebbe, sia quando egli avesse potuto sottrarla dalla perdita surrogando la propria o preferendo la propria, sia finalmente quando la cosa fosse stata stimata nel farsi il prestito; art. 1753 a 1756 (-1881 *a* 1884-) (1).

---

(1) La sola stima della cosa data a prestito rende il comodatario risponsabile della perdita anche per caso fortuito; ma ciò quando il comodatario non si fosse obbligato di pagare il prezzo della stima, mancando di restituire la cosa prestatagli, perchè in questo caso il contratto cangerebbe di natura, e la persona, che ha ricevuto la cosa in prestito,

7. In fine, le nuove leggi, decidendo la disputa tra' romani giureconsulti, dispongono che quando più persone abbiano unitamente preso a prestito una stessa cosa sieno solidalmente tenute verso il comodante; art. 1759 (-1887-); poichè la medesima cosa, come un cavallo, una vettura, è indivisibile, costituendo un medesimo corpo certo, e perciò la insolidanza è implicita per una conseguenza della massima stabilita coll' articolo 1153 (-1200-).

Sarebbe però ben altrimenti, se più persone avessero preso ad imprestito una somma di danaro, una quantità di generi, poichè questi non costituiscono una medesima cosa, ma tante cose collettive capaci di ripartizione e di divisione, e quindi ciascuno de' comodatarii è tenuto per la sua parte. Vedi Pothier, trattato *de' contratti di beneficenza*, *vol* 1, *n.* 65, *nota* 20.

Gli obblighi poi del comadante sono

1. Di non disturbare il godimento dell'uso al comodatario durante il tempo convenuto pel prestito, meno che non vi sopraggiunga un urgente ed impreveduto bisogno, poichè in questa ipotesi l'atto di beneficenza, ch' egli ha esercitato volontariamente verso del comodante, si convertirebbe in un male-

---

diviene debitrice di un' obbligazione alternativa. Vedi Pothier, trattato *del prestito ad uso*, *n.* 63.

Non è però da tacersi che questa dottrina sanzionata dalle nuove leggi, dietro l' autorità di Accursio e di Bartolo sulla legge 5 *ff. commodat.*, e di Domat, *lib.* 1, *tit.* 5, §. 2, *n.* 6, è stata combattuta da Panormo, da Zuesio, da Connano, da Brunemanno, da Bacovio e dallo stesso Pothier, il quale al numero 62, *luogo citato*, sostiene, che la stima si fa per determinare la somma da pagarsi nel caso che la perdita avvenisse per colpa del comodatario, senza che perciò potesse egli rendersi risponsabile de' casi fortuiti.

ficio che le leggi non possono, nè debbono proteggere giammai; art. 1760 e 1761 (- 1888 *e* 1889 -); ma siffatta obbligazione non si estende al caso in cui le molestie provvenissero per parte di terze persone, de' dritti delle quali il comodante ne fosse ignaro al tempo del prestito, essendo massima che ne' contratti lucrativi per una sola parte de' contraenti non vi è luogo a garentia. Pothier, *de' contratti di beneficenza*, *tom.* 1, *n.* 79.

2. Indennizzare il comodatario delle spese estraordinarie per la conservazione della cosa, qualora non avesse avuto il tempo di prevenirne il comodante; al che non adempiendo, il comodatario ha il dritto di ritenere la cosa per effetto del privilegio che la legge gli accorda sulla medesima; art. 1971 (- 2102 -).

3. In fine, di avvertirlo de' difetti della cosa prestata, qualora sieno tali da recar pregiudizio a colui che se ne serva, art. 1763 (- 1891 -), poichè in caso contrario l'atto di beneficenza, che s'intenderebbe di esercitare col contratto, si convertirebbe in un maleficio.

CAPITOLO II.

Del prestito di consumazione, o sia mutuo.

SEZIONE I.

Della natura del mutuo.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 121. Il mutuo si definisce da' commentatori dell'antico dritto « *contractus stricti iuris re initus, quo res quae numero, pondere et mensura*

» *constant, ea lege dantur ut eodem in genere seu* » *eiusdem quantitatis et qualitatis restituantur.* » *Instit.*, *lib.* 3, *tit.* 25, *quib. mod. re contrahitur obligatio, e l.* 2 *ff. de rebus creditis* (1).

Da tale definizione desumevasi 1. che il contratto di mutuo era di dritto delle genti, e soggetto alle sole regole del dritto naturale; 2. che era un contratto reale, poichè la sua essenza consiste nella tradizione della cosa, che il mutuante fa al mutuatario; 3. che al mutuatario si trasferisce anche il dominio e la proprietà, poichè, come dice il giureconsulto Paolo, vien appellato *mutui datio ab eo quod de meo tuum fiat, et ideo si non fiat, non nascitur obligatio;* 4. che le sole cose fungibili possono formar la materia di questo contratto, cioè *quorum natura est, ut aliae aliarum eiusdem generis rerum vice fungantur;* 5. che, in fine, il mutuatario contrae l'obligo di restituire al mutuante non l'individuo, non la stessa cosa in ispecie, ma in genere, *ll.* 2, 9, 10, 13,

---

(1) I romani giureconsulti, oltre del mutuo, riconoscevano il quasi-contratto detto *pro mutuum*, e l'azione detta *condictio indebiti*.

Il *pro mutuum* avea luogo quando taluno ricevea una certa somma di danaro o una quantità di cose fungibili, che gli era stata pagata per errore, per cui contraeva l'obbligo di restituirgliene altrettanto. *L.* 5, §. 3, *ff. de obligat. et action.*

L'azione poi detta *condictio indebiti* competeva contro colui che avesse ricevuto per errore qualunque altra cosa all'infuori del danaro o di cose fungibili.

Le nuove leggi, comunque non avessero ritenuti questi nomi, ritengono però le identiche disposizioni, annoverando tra i quasi-contratti il pagamento fatto per errore, come abbiamo osservato col tomo IV, §. 98; art. 1330 e 1331 (- 1376 e 1377 -).

18 e 22 *ff. de reb. credit.;* poichè della cosa prestatagli egli diviene padrone, potendola consumare, e quindi venendo in qualunque modo a perire, perisce sempre a suo rischio (1).

Era quistione tra' giureconsulti romani, se il

---

(1) Si è lungamente disputato nel passato secolo, se il mutuo contenga un' alienazione ed un trasferimento di dominio, o pure la proprietà della somma prestata continuasse a ritenersi dal mutuante.

Molineo e Salmasio sostennero che il mutuo non consiste nella restituzione de'corpi ed individui, de' quali è composta la somma prestata *in specie*, ma nella restituzione della somma o quantità considerata *indeterminate et abstrahendo a corporibus, seu in ipso genere reddendo.* Essi fondavansi sull' autorità di Ulpiano nella legge 213 *ff. de verb. signif.*, ove si consagra: *res alienum est quod nos aliis debemus: aes suum est quod alii nobis debent.* E sull'autorità di Paolo, il quale colla legge 55, *ff. de solutionib.*, dice: *qui sic solvit ut reciperet non liberatur: quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur ut recipiantur.* Per l'opposto, Wisembachio, Fabroto e lo stesso Pothier sostengono il contrario avviso, ed invocano in loro favore testi di Paolo e di Africano colle leggi 16 e 41 *ff. de reb. credit.*, non che di Giustiniano, *Instit.*, §. 2, *quibus alienare licet vel non*, e §. 2 *quib. mod. re contrah. obligat.* Vedi Pothier, trattato *del contratto di prestito di consumo*, *pag. 106 a 110*, *n.* 8 *a* 12.

Il nostro dotto Cavallari, *tomo* 2 *delle istituzioni*, *lib.* III, *tit.* 15, concilia le opposte opinioni, insegnando che il mutuo non consiste nel solo genere e nella sola quantità, ma richiede di essenza il trasferimento della specie in persona del mutuatario. Quindi, egli applica al genere ed alla quantità i testi di Ulpiano e di Paolo, ed invoca i principii consagrati da Giustiniano, non che i responsi di Africano e di Paolo per dimostrare, che se il genere e la quantità non si alienano dal mutuante, si aliena la specie che passa nel dominio del mutuatario.

Questa opinione ci sembra assai più fondata di quella ch' esprime Pothier, *luogo sopra citato.*

danaro prestato dovesse restituirsi secondo il valore corrente all' epoca del pagamento, o all' epoca del contratto. Puffendorfio, *de iure naturae et gentium, lib.* 5, *cap.* 7, sostiene la prima opinione; Barbeyrak, *colle note a Grozio*, sostiene la seconda; ma poichè nella moneta si considera soltanto il valore che il principe vi ha annesso, *in pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem, l.* 94 *ff. de solutionibus,* è evidente che il solo valore della moneta ha formato l' oggetto del prestito; e che in conseguenza, quando il mutuatario abbia restituito l'identico valore, avrà adempito alla sua obbligazione (1).

Per l' opposto, allorchè si davano a prestito verghe metalliche o derrate, il mutuatario era tenuto a restituire la stessa qualità e quantità senza incaricarsi dell' aumento o diminuzione del valore. *L.* 23 *ff. de reb. credit.*

Della natura del prestito di consumazione, o sia mutuo, per dritto francese e vigente.

§. 122. Le nuove leggi definiscono il *mutuo* per « *un contratto col quale uno de' contraenti con-* » *segna all' altro una data quantità di cose, le* » *quali coll' uso si consumano, coll' obbligo a que-* » *st' ultimo di restituirgli altrettanto della mede-* » *sima specie e qualità* »; art. 1764 (- 1892 -).

Questa definizione esprime tutti i caratteri che costituiscono l' essenza del contratto di mutuo.

In fatti, le parole *col quale uno de' contraenti*

---

(1) Vedi Pothier, trattato *de' contratti di beneficenza, n.* 35 *e* 36, *pag.* 133 *a* 134; Cavallari, *Instit., lib.* III, *tit.* 15; e Taglioni sull' articolo 1595 *codice francese.*

consegna all' altro una data quantità di cose c' indicano che il mutuo è un contratto reale, e che la tradizione è dell' essenza del prestito.

Le sussecutive espressioni *le quali coll'uso si consumano* dimostrano che le sole cose fungibili formar possono la materia di questo contratto.

Le espressioni *coll' obbligo a quest'ultimo di restituirgli altrettanto della medesima specie e qualità* dimostrano che le cose le quali si prestano, passar deggiono nel dominio del mutuatario, come lo esprime più chiaramente l'articolo 1765 (-1893-) (1); e che la cosa perisce per il mutuatario istesso finchè rimane prestata presso di lui; che il mutuante debba essere proprietario della cosa prestata; ch' egli debba essere capace di disporre, come il mutuatario capace di ricevere; che, in fine, il mutuatario debba obbligarsi a restituire altrettanto della stessa specie, non in individuo, nel qual caso il contratto sarebbe di comodato, e che non possa essere tenuto se non alla precisa somma o quantità ricevuta, nè al più, nè al meno, poichè nel primo caso il di più conterrebbe una obbligazione nulla, ed il di meno farebbe considerare come una donazione quella parte che si è rilasciata al mutuatario; art. 1766 (-1894-). Vedi Pothier, *de' contratti di beneficenza, tom. 2, pag.* 111 *a* 113, *n.* 13, 14 *e* 15.

Le nuove leggi, troncando le dispute del dritto romano, dichiarano che l' obbligazione risul-

---

(1) Non vi ha oggidì dubbio che il dominio della cosa prestata si trasferisce al mutuatario; per lo che, se la cosa non appartiene al mutuante, si richiede il consenso del proprietario, nè può far mutuo chi non è capace di alienare. Vedi Pothier, trattato *del prestito di consumo*, *n.* 5, non che gli articoli 1077 e 1078 (-1123 *e* 1124-).

tante da un prestito in danari è sempre della medesima somma numerica espressa col contratto, poichè col danaro si dà valore per valore, mentre colle altre specie si dà cosa per cosa della stessa qualità. Quindi, se pria del maturo accada aumento o diminuzione delle monete, il debitore dee restituirle secondo il valore del tempo del pagamento, giacchè il solo valore, che la pubblica autorità imprime alle monete, ha formato l'oggetto del contratto. Vedi Pothier, trattato *del prestito*, *n*, 13, 15, 36 *e* 37; art. 1767 (-1895-).

Ciò però non ha luogo, allorchè si sieno prestate verghe metalliche, metallo in verghe, o altre derrate, ne' quali casi dee restituirsi la stessa qualità e quantità; art. 1768 e 1769 (-1896 *e* 1897-).

Sezione II.

Delle obbligazioni del mutuante e del mutuatario.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 123. Per dritto romano il mutuo, come contratto unilaterale, non produceva obbligazione che dal solo lato del mutuatario, il quale, in forza dell' azione detta *condictio certi ex mutuo*, era tenuto verso del mutuante di restituirgli al maturo l' equivalente somma, o la quantità secondo la diversa natura delle cose prestate. Vedi le Istituzioni sotto il titolo *quib. mod. re contrahitur obligatio*. Ciò non pertanto, per motivi di equità naturale, il mutuante non potea ripetere le cose prestate pria del termine convenuto; dovea soffrire che al mutuatario si accordasse una dilazione dal giudice, quando non si era fissato un termine al pagamento,

ed era finalmente tenuto a manifestare i vizii della cosa prestata, qualora fossero in sua conoscenza. *LL.* 138 *ff. de verb. obligat.*; 44 *ff. de obligat. et act.*; 9 *ff. de rebus credit.*; 41 *de verb. obligat.*; 14 *e* 186 *ff. de regulis iuris.*

Il mutuatario poi era tenuto a restituire la cosa prestatagli sia dal mutuante direttamente, sia da altri di suo ordine, quando anche il mutuatario avesse prestato ad altri la somma o la cosa ricevuta in imprestito. *LL. 180 ff. de regulis iuris*; e *15 ff. de reb. credit.*

La restituzione doveasi effettuare nella stessa specie di eguale qualità e quantità, quando si trattasse di cose fungibili; e quando trattavasi di prestito di danari, dovea restituirsi secondo il valore corrente al tempo del pagamento, giusta le leggi 94 *ff. de solutionib.*, *e 1 ff. de contrahenda empt.*, osservandosi le regole da noi espresse col volume IV, §§. 51 *e* 52 circa il luogo dove doveasi fare la restituzione.

Delle obligazioni del mutuante e del mutuatario per dritto francese e vigente.

§. 124. Comunque il mutuo fosse un contratto di beneficenza, le nuove leggi, in grazia della buona fede che dee regnare in questo contratto, obbligano il mutuante 1. a manifestare al mutuatario i vizii della cosa prestata, che sono a sua conoscenza, sotto pena di danni ed interessi; 2. a non poter richiedere le cose prestate pria del termine convenuto (1); 3. ad impetrare dal giudice

(1) Il termine della restituzione delle cose mutuate non può abbreviarsi a volontà del creditore; lo si può sibbene quando il debitore dopo del contratto sia divenuto decotto,

che stabilisse un termine al pagamento, qualora siasi convenuto che il mutuatario pagar dovesse *quando potrà, o quando ne avrà i mezzi*; 4. finalmente, se non essendosi fissato termine alla restituzione, il giudice accordasse una dilazione al mutuatario, il mutuante dovrà rispettarla senza poter pretendere la restituzione della cosa prestata; art. 1770 a 1773 (- 1898 *a* 1901 -).

Gli obblighi del mutuatario poi sono 1. di restituire le cose prestate nella stessa qualità, quantità e tempo convenuto; 2. di pagarne il valore, avuto riguardo al tempo ed al luogo della restituzione, qualora si trovi nella impossibilità di adempirvi; 3. di pagare secondo il valore corrente nel tempo e nel luogo in cui fu fatto il prestito, qualora il tempo ed il luogo della restituzione non sieno stati determinati; art. 1774 a 1776 (- 1902 *a* 1904 -).

CAPITOLO III.

Del mutuo ad interesse.

Che cosa sia usura e se le usure erano lecite per dritto romano.

§. 125. La voce *usura* propriamente dinota l'uso che si fa di una cosa, ma in un senso traslato, e nel linguaggio delle leggi latine dinotò il prezzo dell' uso delle cose fungibili date a prestito (1).

---

o quando abbia col di lui fatto diminuito le cautele date col contratto medesimo. La regola generale stabilita cogli articoli 1141 (- 1188 -) 218 proc. civ. (- 124 *cod. di proc. franc.*) è ben applicabile al mutuo, checchè abbiano insegnato in contrario gli autori delle pandette francesi coll' articolo 1188, ed esercita egualmente il suo impero tanto contro i debitori ipotecarii, quanto contro i chirografarii. Vedi Maleville sul citato articolo 1188, e Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *part.* 2, *cap.* 3, *art.* 3, §. 3.

(1) La parola *usura* non dinotò altra idea, allorchè fu

I romani, come i greci, permisero sempre le usure moderate, proibendo le sole eccessive, come ci attestano gl' interi titoli del codice e del digesto *de usuriis* 4. *ll.* 102 *de solut.*, *e* 26 *ff. de condit. indeb.*; *nov.* 34, 121, 136, 138 *e* 160.

Distinguevasi in Roma l' usura convenzionale dalla legittima, in quanto che la prima si stabiliva dalle parti colla stipulazione, senza che potesse eccedere la legittima; la seconda si accordava dalla legge, allorchè il debitore era in mora di adempire alla sua obbligazione. *LL.* 5. *cod. de act. empt.*; 13 *ff. eod.*; 2 *e* 26 *cod. de usur.*; *e* 32 *ff. eod.*

L' usura legittima si divideva in *centesima*, che consistea nel dodici per cento all'anno, ed in *minore* così detta, perchè potea consistere in un' oncia, due, tre, quattro per anno sempre minore del dodici per cento. La centesima era permessa nel mutuo di cose fungibili o di danaro da trasferirsi al di là del mare; *l.* 26 *cod. de usur.*, *e nov.* 110. L' usura minore poi era permessa tra' mercanti, banchieri ed ogni altro cittadino, e si regolava all'8, al 6 ed al 4 per cento, come rileviamo della legge 36 *cod. de usur.*, *e nov.* 136, *cap.* 4.

Ma poichè lo spirito di cupidigia non tardò guari ad abusare della libertà di convenir le usure, sin da' tempi di Giustiniano queste incominciarono ad esser tollerate, anzi permesse; finchè l' imperator Basilio verso la fine del IX secolo le ha assolutamente condannate, come vietate dalla Sacra Scrittura, sebbene il di lui figlio imperator Leone nei

---

adottata, se non quella dell'uso che si fa delle cose. *Vitam ad usuram accipimus* dicevasi presso i latini.

Col decorso del tempo la stessa parola prese una significazione traslata, e dinotò il prezzo dell' uso del danaro che si prende ad imprestito e di qualunque altro genere suscettibile di peso, numero o misura, soggetto a consumarsi coll' uso. In questo senso se ne parlò del codice e ne' digesti.

principii del secolo X abolì la proibizione fattane dal padre, dichiarandola nociva ed inutile come rileviamo dalla novella 83.

In fine, le leggi 3 *e* 7 *cod. de usur.*, 6 *ff. cod.*, 13 *cod. de usur.*, 49 *ff. de act. empt.*, *e* 75 *ff. de verbor. obligat.* sanzionarono il principio che le usure non convenute, qualora fossero state pagate, non poteano ripetersi, nè imputarsi sul capitale, quante volte il mutuatario conosceva di non doverle, e che la quietanza del capitale rilasciata senza riserba d'interessi facesse presumere il pagamento di questi ultimi, anche perchè egli avrebbe potuto prima imputare il pagamento sulle usure, e poi sul capitale, giusta le leggi 5 *ff. de solut.*, *e* 21 *cod. de usur.*

Dell'usura per dritto del regno pria del 1809.

§. 126. Nel secolo XIII la questione se potesse esiggersi usura ne' contratti di mutuo agitò per tutta Europa le scuole ed il foro. In Germania, Broedersen (1) e Samuel Coccei (2); in Francia Lomoignon, Pascal, D'Aguisseau, Ioly, Montesquieû, Fleury; presso di noi Scipion Maffei (3) e Genovese (4) insegnarono, che la moneta come rappresentante di tutto, essendo necessariamente capace di quell' istesso prezzo che hanno le cose ch' essa sappresenta, l' usura fosse ben dovuta nel mutuo: ma le loro dottrine sono state riprovate dalla Chiesa e confutate da più cordati scrittori, i quali seguendo le orme di Grozio, *de jure belli et pacis*, lib. 2. cap. 12., di Domat, *ll. cc.*, lib. 1., tit. 6., di Pothier, trattato *dell'usura*, vol. XI., §. 53 a 116, han riconosciuto l' usura come *illecita per dritto naturale*, perchè non potendosi concepire un uso

(1) Nel suo trattato *de usuris licitis et illicitis.*
(2) *Ius civile controversum*, lib. 22. tit. 1.
(3) Nella sua operetta *dell' impiego del danaro*
(4) Istituzioni di economia civile; part. 1., cap. 3.

della cosa oltre la cosa, è contrario all'equità ed alla natura di potersi fissare un prezzo oltre della cosa che si mutua; *illecita per dritto Divino positivo*, perchè S. Luca, nel cap. 6, ver. 53, insegna in termini precisi *mutuum date, nihil inde sperantes*, e l'istesso insegna S. Matteo, cap. 5. vers. 42.; *illecita per dritto ecclesiastico*, perchè l'usura fu condannata dal canone 44 degli Apostoli; dal canone 12 del concilio di Arles del 314; dal canone 17 del concilio di Nicea del 325; dal canone 13 del concilio di Jours del 461, ed infine da' concilii di Northumberland, di Rheims, di Magonza, di Chalons, di Meaux, di Pavia e dal concilio Lateranese 2, siccome venne eziandio proibito da' SS. Padri S. Tommaso, *quaest.* 78, *art.* 1, S. Girolamo sopra Ezechiele, *lib.* 6 *cap.* 18., S. Ambrogio sopra Tobia, *cap.* 13., S. Agostino sopra il salmo 36, *serm.* 3. Per tali motivi nel nostro regno adottandosi i principii consagrati da Benedetto XIV nella sua opera *de Synodo Diocesana, lib.* 1, *cap.* 4, si fece distinzione tra usura propriamente detta, la quale consiste nel lucro *ex ipsomet mutuu*, chiamata altrimenti *usura lucrativa*, *dalle usure compensatorie* le quali consistono nelle indennizzazioni che si fanno al mutuante pel lucro che perde e pel danno che soffre; ed in grazia di tal distinzione mentre *l'usura lucrativa* fu severamente punita colle prammatiche 4 *de usuris* del 1536, 5 del 1735, 6 del 30 ottobre 1752, e co' reali dispacci degli 11 agosto, 30 luglio e 24 novembre 1753, 7 settembre 1754, 22 maggio 1755, 10 giugno e 4 luglio 1756, *l'usura compensatoria* venne per l'opposto permessa e solamente il S. R. C. era autorizzato a ridurre gl'interessi che soprassavano il 10 per cento, *osservando le buone regole dell'equità e buon governo fino a nuova disposizione*, come si esprime il dispaccio del 28 dicembre 1757.

§. 127. Pria della rivoluzione, in Francia la giurisprudenza ondeggiava se dovessero o no ammettersi gl' interessi nel contratto di mutuo. Una dichiarazione di Filippo il Bello del dì 8 Dicembre 1312 e l' ordinanza di Blois coll' articolo 202, proibivano espressamente qualunque sorta di usura, qualunque imprestito di danaro ad interesse, ancorchè si facesse sotto pretesto di commercio pubblico, ma ciò non pertanto l' uso de' prestiti ad interesse era divenuto comune nelle provincie di Berry e di Anjou, non che nelle giurisdizioni de' parlamenti di Aix, di Grenoble e di Paû.

All' epoca memoranda della convenzione nazionale, sul rapporto di Turgot, si pubblicò un decreto del 6 Fiorile anno III, col quale dichiaravasi il danaro pura mercanzia, ma questo decreto fu ben tosto rivocato a 2 Pratile anno susseguente, perchè gli usurari, sciolti da ogni freno, accrebbero in modo sproporzionato l' usura.

Finalmente, all' epoca della pubblicazione del codice, dietro una lunga discussione e nel corpo legislativo e nel tribunato e nel consiglio di Stato, si è adottato l' articolo 1777 (- 1905 -), col quale si è permessa la stipulazione dell' interesse nel semplice mutuo e quindi l' articolo 1779 (- 1907 -) (1), con cui si è distinto l' interesse

(1) Vedi le opinioni di Treillard e di Regnaud rapportate da Pothier, al contratto di *beneficenza*, *tomo* 2, *pag.* 155.

legale dal convenzionale, determinandosi che il convenzionale potess' eccedere quello fissato dalla legge, finchè non fosse dalla stessa legge proibito (1), ma che in ogni caso la misura dell' interesse convenzionale dovess' essere determinata in iscritto. In tal guisa si è stabilito che la misura dell' interesse è arbitraria (2) sino a che una nuova legge non credesse di doverla limitare; ciò che non av-

---

(1) Da ciò risulta, che il magistrato non può regolarmente ridurre le convenzioni d' interesse che gli sembrassero eccedere la comune ragione che correva, sia nell' epoca del contratto, sia dopo: molte cose debbono rimettersi al foro interno, sempre che le leggi civili non possono determinarle.

(2) Avvi un' altra specie d' interessi indiretti, la cui stipulazione può farsi tra un venditore ed un compratore per la vendita di qualche merce o derrata, o tra il creditore ed il debitore. Questa chiamasi *sconto*, ed è una diminuzione del prezzo convenuto a favor del compratore in caso di pagamento avanti la scadenza de' termini fissati, o pure una deduzione che fa il debitore che paga una somma avanti la scadenza del termine in cui essa è pagabile, per tenergli luogo dell' interesse della somma pagata. Avvi una grandissima somiglianza tra *lo sconto* e l'interesse del prestito, per lo che Pothier ne tratta nella sezione 5, trattato *del contratto di prestito di consumo*.

Giusta le disposizioni delle nuove leggi, *lo sconto* è lecito ogni qualvolta deriva da un prestito, e che l' interesse forma un credito in tutte le altre convenzioni soggette alle regole stabilite cogli articoli 1106 e 1779 (- 1152 e 1907 -).

verrà fino a quando gli uomini saranno abbastanza saggi per non abusare di una libertà fortunata che l'equità esigeva che si rendesse alle contrattazioni degli uomini (1). La varietà de' tempi, de' luoghi e delle multiplici circostanze, non che il pericolo vario sono di ostacolo ad una norma uniforme d'interessi, non potendo restringersi ad un punto solo, ma dovendo avere moltissima latitudine; ed è perciò che finora se n'è la legge rimessa alla coscienza de' contraenti.

In conformità de' principii consagrati dalle leggi romane, le nuove leggi hanno stabilito egualmente, che gl'interessi non convenuti non potessero nè ripetersi (2), nè imputarsi sul capitale, e che la liberanza rilasciata sul capitale senza riserba d'interessi, facesse estinguere il dritto a

---

(1) In Francia la misura degl'interessi convenzionali venne limitata al sei per cento con decreto del 3 Settembre 1807; ma presso di noi l'interesse convenzionale continua ad esser arbitrario, essendosi riflettuto che la varietà de' luoghi, de' tempi e delle circostanze rendono pericolosa una tassa uniforme d'interessi.

Con legge del 7 Aprile 1828 si è proibita l'usura, promettendosi un regolamento per l'interesse convenzionale; ma il regolamento non si è mai più pubblicato, e la legge rimase ineseguita, come abbiamo osservato nel tomo IV, *pag.* 65, §. 22.

(2) Tutto quanto si è stabilito circa gl'interessi sul mutuo, suppone sempre, che vi sieno i giusti titoli, cioè i *lucro cessante*, o il *danno emergente*, o il *pericolo della sorte*.

pretenderli; e ciò perchè nel primo caso gl' interessi pagati si reputano convenuti, mentre nel secondo si reputano rimessi dal mutuante, essendo il mutuo un contratto di sua natura gratuito; articoli 1778 e 1780 (- 1906 *e* 1908 -). Vedi il rapporto del tribuno Albison, *esposizione de' motivi*, *n.* 83 (1).

---

(1) Il codice francese coll' articolo 1154 stabiliva, che « gl' interessi scaduti de' capitali possono produrre interessi » o in forza di una dimanda giudiziale o in vigore di una » convenzione speciale, purchè tanto nella dimanda, quanto » nella convenzione si tratti d' interessi dovuti almeno per » un anno intero. »

Essendo stato quest' articolo soppresso colla pubblicazione delle nuove leggi per lo regno delle Due Sicilie, può ora convenirsi che il debitore, il quale sia in ritardo di pagare per un anno intero gl' interessi scaduti di un capitale, debba pagare gli interessi sugli interessi? Ed in mancanza di convenzione speciale, possono aggiudicarsi al creditore che gli avrà domandati?

Noi crediamo che gl' interessi dovuti per un anno intero non possono oggi partorire interesse dal dì della domanda giudiziale, attesa la soppressione dell' articolo 1154 *codice francese*, poichè l' interesse non potrebbe essere dovuto in vigore di una legge che più non esiste.

In quanto poi alla facoltà di potersi convenire l' interesse sull' interesse di già maturo, gli autori del commentario sulle leggi civili sostengono la negativa, *perchè* (essi dicono) *le nuove leggi non riconoscono l'anatocismo*, *non*

CAPITOLO IV.

Della costituzione di rendita.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 128. È grave disputa fra i dottori dell'antica giurisprudenza, se i contratti di costituzione

---

avendolo ammesso per punto generale, come opposto alla morale pubblica. Vedi *tom.* 4, *pag.* 36 e 202.

E Liberatore, col suo commento a Delvincourt, *tomo* 6, *pag.* 116, dice che, *tolto l' articolo* 1154, *rimangono ferme tra noi le antiche proibizioni dell' anatocismo.*

Ciò non pertanto, noi crediamo che la quistione proposta non sia di una facile soluzione, considerando che in materia civile tutto è permesso finchè non è vietato, e che per l' articolo 1779 delle nuove leggi l' interesse convenzionale potendo esser arbitrario finchè non sia da una legge proibito, non vi sarebbe ragione da negarsi l'esecuzione ad una convenzione stipulata tra le parti, di doversi pagare gli interessi sull'interesse scaduto e non pagato pel corso di un anno intero.

In fatti, l' interesse scaduto costituisce un capitale pel creditore, che potendo essere legittimamente frugifero impiegandosi con altri, non si sa perchè rimaner dovesse infruttuoso lasciato nelle mani dello stesso debitore, cui altronde, mutuandosi danaro di provvenienza diversa, la legge riconoscerebbe legittima la prestazione degl' interessi convenzionali. Del rimanente, di cotal quistione ce ne occuperemo di proposito nel dritto controverso, ma intanto veggasi Agresti, *decisioni delle gran Corti civili*, *tomo* 5, *pag.* 277 e 288.

di rendita erano o pur no noti a' romani. Vi ha chi sostiene l'affermativa, traendo argomento dalle leggi 4 *ff. de doli mali et metus exceptione*, 4 *ff. de servitut.*, e 58 *ff. de pact.* Veggasi Taglioni sull' articolo 530 *codice francese.*

Vi ha chi crede di trovarne le tracce nelle leggi 33 *ff. de usuriis*, e 2 *cod. de debit. civil.*, ove si consagra che gli amministratori de' beni delle città non potessero pretendere dagli onesti debitori il capitale, finchè pagassero puntualmente gl' interessi.

Vi ha, finalmente, chi sostiene che colla legge 27 *ff. de ann. legat.*, essendosi permesso di alienarsi le annue rendite, ciò chiaramente dimostra che il contratto di costituzione di rendita era sin d' allora conosciuto (1).

Noi, abbandonando agli archeologi queste erudite ricerche, ci contentiamo di rammentare ai tironi, che nella novella 160 di Giustiniano trovasi indubitatamente il primo vestigio del contratto di costituzione di rendita praticato nel VI secolo, e che continuò ad esser in uso a'secoli XIII e XIV, allorchè insorsero dispute sulla sua legittimità. Vedi Molineo, *de usur., quæst.* 75 (2).

---

(1) Vedi Aloe in Domat, *tomo 1*, *lib. 1*, *tit. 2*, *nota* 18.

(2) In detta novella si dice che gli ufficiali municipali della città di Afrodisa, avendo una grossa somma di danaro provveniente da parecchi legati fatti alla loro città, per conservare questa somma, *ne quando ea deperiret*, l' avessero impiegata coll' obbligo di una prestazione annua di una certa somma, fintantocchè coloro presso i quali era stata collocata l' avessero ritenuta. Vi è detto inoltre, che

§. 129. Nel XIV secolo le dispute tra i teologi ed i canonisti sulla legittimità della costituzione di rendita assordirono la Santa Sede. I pontefici Martini V nel 1423 e Callisto III nel 1455 dichiararono lecito un tal contratto, ma presso di noi, a preghiere del re Alfonso, il pontefice Nicolò V con bolla del 1451 concedè particolarmente al regno delle Due Sicilie di potere stipulare simili contratti *super rebus ac proprietatibus suis, ac facultatibus et emolumentis eorumdem, instrumento gratia pro consimili prætio illa redimendi*, bolla che fu sanzionata dal re Alfonso colla prammatica 1, *de censibus*.

---

queste persone, affin di esentarsi dal continuare detta prestazione annuale, si prevalessero della costituzione di Giustiniano, il quale ordinò che ne' mutui gl' interessi non avrebbero più corso, tostochè la somma pagata per i medesimi giungesse a pareggiare il capitale, di modo che il creditore non dovesse mai percepire per capitale ed interessi più del doppio del capitale medesimo. Giustiniano, consultato sopra una simile controversia, decise con detta novella, che la di lui costituzione, per far cessare il corso degl' interessi ne' contratti di mutuo, non sia applicabile nel caso proposto, perchè la costituzione non riguarda che i creditori delle somme prestate ad interesse, e la prestazione annuale, di cui trattasi nella specie, non rassomiglia in conto alcuno agl' interessi di una somma prestata, ma piuttosto ad una rendita annua. *Illam de creditoribus conscripsimus; praeses vero species illam non attingit, si quidem hoc magis annuo reditui, quam usurarum praestatione simile videtur.*

D' allora in poi simili contratti furono di un uso frequente, ed erano detti censi consegnativi (1), censi bollari, o vendita di annue entrate.

Finalmente, Nicolò V stabilì di non potersi costituire annua rendita se non sopra di un fondo fruttifero specialmente designato; che, perdendosi il fondo, si estinguesse il censo; che, il creditore non potesse mai ripetere la sorte anche per decozione del debitore, o pel non pagamento della rendita, ma ch' egli avesse un dritto di prelazione nella vendita del fondo ad ogni altro compratore; e questo era il *ius receptum* nel nostro foro. Vedi Aulisio, *de censibus*, *cap. 2.*

Della costituzione di rendita per dritto francese e vigente.

§. 130. Il contratto di costituzione di rendita per dritto francese e vigente, è un semplice credito personale che ha il creditore della rendita contro la persona di colui, il quale l'ha costituita mediante un capitale in contante, senza essere necessario che sieno assegnate sopra di alcun fondo.

Esso è una specie di contratto di mutuo, poichè il debitore della rendita è debitore del capitale nel senso che non può liberarsene senza costituirlo; art. 1777 e 1781 (- 1905 *e* 1909 -).

Ecco perchè giustamente Pothier, considerando questo contratto dal lato degl' interessi, lo definisce per «*un credito di annua rendita in perpetuo,* » *che il debitore può far cessare, rimborsando al* » *creditore la somma per cui l'ha acquistata.*» Considerandolo poi dal lato del capitale, lo definisce

(1) Questa specie di censo distinguevasi da' riservativi, come osserveremo più appresso.

per « *una specie di credito personale di una somma* » *capitale che non può essere domandata, ma che* » *sino al pagamento produce interessi che giornal-* » *mente si accumulano, e che debbono esser an-* » *nualmente pagati dal debitore, senza veruna di-* » *minuzione del debito della somma capitale.* » Vedi Pothier, *della costituzione di rendita, n.* 109.

La costituzione di rendita in forza delle nuove leggi può essere perpetua o vitalizia; art. 1782 (-1910-).

Noi ci occuperemo delle rendite vitalizie nella lezione ottava, ove de' contratti aleatorii.

Volendo ora fare un primo cenno del contratto di costituzione di rendita (1), osserviamo

1. Che la rendita costituita in perpetuo è essenzialmente redimibile, ma può convenirsi che il riscatto non possa aver luogo se non in un dato termine, che non potrà oltrepassare dieci anni, o pure che debba il creditore esserne anticipatamente avvertito; art. 1783 (-1911-) (2).

---

(1) Non è nostro scopo di fare un trattato completo del contratto di costituzione di rendita, ma di offrire i semplici elementi della materia che le nuove leggi racchiudono fra gli articoli 1781 a 1785, 1840 a 1855 (-1909 *a* 1913, 1968 *a* 1983-). Chi ne desiderasse un maggiore sviluppamento, potrà consultare i trattati di Pothier, *vol.* 9 *e* 10.

In vero, le rendite costituite, che formavano un tempo una parte essenziale delle fortune de' particolari sfuggite ai guasti della rivoluzione, non sono ora che preziosi avanzi di un antico edificio inabbissato; non sono più che un semplice credito soggetto ad essere riscattato e redento, semprecchè così piace al debitore della rendita.

(2) All' epoca della compilazione de' codici in francia si è lungamente disputato, se dovessero conservarsi le rendite enfiteutiche e le rendite costituite, e con quali norme. Portalis e Maleville avrebbero voluto ritenerle; Tron-

2. Che il debitore della rendita costituita può esser obbligato al riscatto, se cessa pel corso di due anni di pagare la rendita; se niega di dare al creditore le cautele promesse, o se diminuisca per suo fatto quelle che avea date col contratto; ed in fine, se il debitore sia nel caso di fallimento e di prossima decozione; art. 1784 e 1785 (-1912 e 1913-).

3. Che la redenzione volontaria per parte del debitore può effettuarsi col rimborso del capitale, col deposito dietro offerta reale, colla conservazione, colla remissione, colla novazione, colla confusione; art. 1191, 1210, 1211, 1225, 1236, 1237, 1243 e 1254 (-1238, 1257, 1258, 1271, 1282, 1283, 1289 e 1300-).

LEZIONE OTTAVA.

De' contratti aleatorii.

Nozioni preliminari.

§. 131. L'ardita attività dello spirito umano, non contento dell'angusto cerchio de'suoi bisogni, ha sottomesso a' suoi calcoli l'istesso azzardo ch'è divenuto perciò la base de' contratti aleatorii.

Tra questi si contano

1. Il contrattto di assicurazione; 2. il prestito a tutto rischio; 3. il giuoco e la scommessa; 4. il contratto vitalizio.

---

chet e Bigot-Preamenau sopprimerle: ma, finalmente, dietro il parere del primo console, le rendite eufiteutiche sono state ritenute, considerandosi come semplici crediti. Vedi Maleville sul presente titolo del codice francese, non che Pothier, trattato *della costituzione di rendita*, *vol.* 9.

I due primi formano oggetto del codice di commercio, poichè per loro mezzo il traffico è giunto a lottare con vantaggio contro gli elementi scatenati.

Il soggetto degli altri due fa parte delle leggi civili, poichè in una società bene ordinata era necessario, che la legge non tollerasse che i cittadini avventurino all'azzardo il loro patrimonio, com' è indispensabile del pari di regolare il contratto vitalizio, il quale ha ordinariamente servita la dissipazione e l'egoismo per l'abuso che gli uomini fanno di tutto ciò che in sè stesso sarebbe cattivo.

Noi quindi in un primo capitolo ci occuperemo del giuoco e della scommessa, mentre nell'altro tratteremo del contratto vitalizio; art. 1836 (1964). Vedi il rapporto del tribuno Simeon, *esposizione de' motivi, n.* 86.

CAPITOLO I.

Del giuoco e della scommessa.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 132. Sin da' primi tempi di Roma le leggi punivano severissimamente coloro che giocassero danaro a qualunque sorta di giuoco, e Cicerone, colla II Filippica, *n.* 28, fa menzione di un giudizio pubblico, *pubblicum iudicium,* contro coloro che giuocavano a' giuochi di azzardo.

A' tempi di Settimio Severo fu pubblicato un senatus-consulto, col quale si proibivano tutti i giuochi di azzardo, all'infuori di quelli che contenevano un lodevole esercizio del corpo, e non solo i vincitori non aveano dritto di esigere il prezzo del giuoco da' perdenti; ma costoro avevano un'azione a ripetere ciò che avessero pagato, come risulta dalle leggi 1, 2 *e* 4 *ff. de aleatoribus.*

Le stesse leggi punivano i ricettatori de' giuocatori di azzardo, negando ad essi qualunque azione per i furti che loro si commettessero, o per gli insulti che avessero ricevuti, e se taluno avesse forzato altri a giuocare, era punito con multa e con pena corporale. *LL.* 1 *e* 2 *ff. de eleatorib.*

In fine Giustiniano, anche pe'giuochi che addestravano il corpo, ordinò di non doversi giuocare più di uno scudo d' oro alla partita, e, rinnovando le disposizioni del senatus-consulto di Severo, vi aggiunse che l'azione del perdente a ripetere ciò che avesse pagato fosse imprescrittibile, e che, ove egli non avesse fatta la ripetizione, potesse farsi dagli uffiziali municipali per impiegarla in opere pubbliche. *LL.* 1, 2 *e* 3 *cod. de aleatorib.*

Del giuoco e della scommessa per dritto patrio pria del 1809.

§. 133. Innumerevoli sono le prammatiche vietanti i giuochi di azzardo, e contenute sotto il titolo *de aleatoribus et lusoribus*, ma le più rinomate sono quelle de' 15 Novembre 1753 e 29 Marzo 1756 emanate da Carlo III, e quelle del dì 8 Gennaio 1760, 18 Luglio 1775 e 28 Settembre 1776, pubblicate dall' augusto suo figlio Ferdinando IV.

Colla prima si proibirono i giuochi denominati *quanto inviti, primiera, goffo, trenta e quaranta, corretta, faraone, banco fallito, zecchinetto, biribisse, paris y pinta, passadieci, sette e otto, scassa quindici, al caccio, cavagnola, zaccanette, la flor, e tutti gli altri giuochi di invito, o di dadi, o farinole,* sotto pena di cinque anni di relegazione o galea, secondo la qualità delle persone, e per le donne, di anni cinque di esilio dal loro domicilio; e sotto pena altresì di ducati mille se nobile, e di ducati cinquecento se ignobile, a' padroni o locatori della casa dove si

facessero simili giuochi, da commutarsi in caso d'impotenza in anni cinque di esilio pe'nobili, ed altrettanti di presidio per gli ignobili (1).

Colla seconda si compresero nell'istessa proibizione gli altri giuochi col nome di *signore*, *signorello*, *medico*, *padrone*, *sotto padrone*, *del gusto*, *e della morte*.

Colla terza si rinnovarono le precedenti proibizioni; e colle due ultime si proibirono le *riffe*, non che il giuoco detto *del trentuno*.

Del giuoco e della scommessa per dritto francese e vigente.

§. 134. Il giuoco e la scommessa sono di quegli inconvenienti inseparabili dalla società, di quelle malattie incurabili che producono tante angustie, tanti disordini, tanti delitti, ma che la legge può appena frenare, senza potersi lusingare di estinguere. La polizia può moderarne il contagio, la giustizia penale può reprimerne il delitto; ma la legge civile, intenta unicamente a garentire i cittadini dalle funeste conseguenze dell'azzardo, stabilisce 1. che, all'infuori de' giuochi i quali contribuiscono alla destrezza ed all'esercizio del corpo, il vincitore non abbia azione per un debito di giuoco, o pel pagamento di una scommessa; 2. che anche per que' giuochi, i quali la legge permette, il tribunale possa rigettare la domanda del vincitore, qualora la somma gli sembri eccessiva; 3. che qualora il

(1) Coll'istessa prammatica del 15 Novembre 1753 s'indicarono i giuochi leciti appellati *tressette a mano*, *la calabrisella*, *tressette in quattro*, *l'ombra a mano a mano*, *in tre*, *in quattro ed in cinque*, *il tressette in terra*, *il riversino*, *il picchetto*; non che i giuochi d'ingegno, come *gli scacchi*, *la mirella*, *l'oca*; e quelli atti ad esercitare il corpo, come *il trucco*, *le palle*, *le bocce ed i palloni*.

giuocatore più severo contro sè stesso della legge medesima, fedele alla sua passione, avesse pagato quello per cui si era temerariamente obbligato, non è ammesso a ripetere ciò che avrà pagato, purchè per parte del vincitore non siavi stato dolo, truffa, o soverchieria, o purchè il perdente non fosse minore; art. 1837, 1838 e 1839 (-1965, 1966 *e* 1967-).

CAPITOLO III.

Del contratto vitalizio.

Del contratto di costituzione di rendita vitalizia per dritto romano.

§. 135. Sembra che il contratto di costituzione di rendita vitalizia sia stato ignoto a' romani, poichè, avendo essi in abbominio tutti i patti sulla eredità dell' uomo vivente per allontanare il *votum captandae mortis* (1), non poteano sicuramente proteggere un contratto che si stabilisce sulla distruzione e sulla morte; che inspira all'uomo affezioni contrarie all' umanità; e che l' abitua a calcolar freddamente sulla vita e sulla morte de' suoi simili.

Noi troviamo, è vero, nella legge 68 *ff. ad legem falcidiam* una rendita costituita con atto di ultima volontà, e nella legge 35 *cod. de donationib.* una rendita costituita con atto di donazione tra vivi,

---

(1) Papiniano colle leggi 29 e 30 *ff. de donat.*, Marciano colla legge 2 *ff. de his qui ut indign.*, Pomponio colla legge 1 *ff. de haered. vel action. vend.*, Valeriano e Galieno colla legge 15 *cod. de pact.*, Diocleziano e Massimiano colla legge 19 *cod. eod.*.. proibivano i patti sull'eredità dell' uomo vivente, e Giustiniano colla legge *ult. cod. de pact.* li ha caratterizzati *tanquam odiosa*, *contra bonos mores*, *ac plena tristissimi et pericolosi eventus.*

ma tali costituzioni di rendite erano atti di liberalità diretti a sostenere la vita, e ad accrescerne i piaceri, anzichè contratti a titolo oneroso per mezzo di danaro, o per prezzo di un immobile, o di una cosa mobile valutabile, de'quali nè nel codice, nè nel digesto si rinviene vestigio alcuno. Vedi Duareno, *ad legem falcidiam*, *cap.* 8, e Noodt, *de usufructu*, *lib.* 2, *cap.* 6, non che l'intero titolo del digesto *de annuis legatis*.

Del contratto vitalizio per dritto del regno pria del 1809.

§. 136. Appo noi fu di un uso antichissimo il contratto di rendita vitalizia, di cui traevasi l'origine dalla legge 22 *ff. de annuis legatis*, e dalla novella 160 dell'imperator Giustiniano per la smania di far discendere dal dritto romano tutte le disposizioni legislative surte in tempi diversi, e fondate sopra motivi perfettamente opposti a quelli, che servivano di norma a'romani legislatori. Con prammatica poi del 31 Ottobre 1600, sotto il titolo *de censibus*, si ridusse al quattordici per cento la tassa delle rendite vitalizie a prezzo di danaro, sotto pene rigorose contro i contravventori; e con altra prammatica del 20 Aprile 1611, gli interessi de' capitali dati a vita od anche a tempo si ridussero al dieci per cento.

Con dispaccio però del 10 Novembre 1744 si diede a'giudici l'arbitrio di fissare e ridurre la quantità della prestazione vitalizia, avuto riguardo al pericolo, alla tardanza o alla sollecitudine dell'esazione, all'età ed alla salute del possessore del vitalizio, e ad altre circostanze simili, ordinandosi a'giudici di dover riferire al re pria di pronunziarsi sentenza sopra simili giudizii.

Nel vendersi poi i censi vitalizii si ragguagliava il prezzo con le somme stabilite dalla legge 68 *ff.*

ad legem falcidiam, ma di ordinario soleasi transigere fra' contraenti senza tenersi conto della misura stabilita colla legge cennata.

Del contratto di costituzione di rendita vitalizia per dritto francese e vigente.
Della natura e forma del contratto vitalizio, della natura della rendita vitalizia, ed in che questo contratto si distingue da quello di costituzione di rendita perpetua.

§. 137. Le nuove leggi, mentre hanno riconosciuto la bizzarria de' contrasti che presenta il contratto vitalizio ne' suoi motivi e nelle sue combinazioni, hanno creduto ciò non pertanto di doverlo proteggere, per sostenere le sue benefiche conseguenze. In vero, come ha osservato il tribuno Duveyrier, col suo discorso pronunziato al corpo legislativo nella seduta del 19 Ventoso anno XII, questo contratto non presenta egli l'atto il più sensibile di beneficenza, il mezzo ingegnoso da moltiplicar l'oro caritatevole e nutritivo, l'ultima consolante risorsa dell' infortunio e della vecchiaia?

E come non dare il più favorevole appoggio, la protezione più propizia all' indigente, all' infermo, al vecchio che stabiliscono il di loro unico mezzo di esistere sulla fragilità istessa della di loro esistenza, e che vendono per vivere l' ultimo momento della di loro vita? Per questi motivi il contratto di costituzione di rendita è stato dalle nuove leggi riconosciuto, e può definirsi per *un contratto col quale una parte si obbliga verso dell' altra di pagare una rendita annua, durante la vita di uno o più individui indicati col contratto, sia a titolo gratuito, sia a titolo oneroso, mediante una somma di danaro, o un immobile qualunque, od una cosa mobile valutabile.*

Questo contratto è una specie di contratto di vendita allor quando il titolo è oneroso, poichè co-

lui a vantaggio del quale si costituisce la rendita dee pagare il prezzo sia in una somma di danaro, sia coll' assegno di un fondo, o di una cosa mobile valutabile. Allorchè poi il titolo è gratuito, è una vera donazione soggetta alle forme richieste per le donazioni tra vivi o de' testamenti, secondo che la liberalità si contiene in un atto tra vivi o di ultima volontà.

In fine, questo contratto è aleatorio, poichè il suo oggetto è attaccato alla vita che il venditore della rendita è incaricato di sostenere, e di cui l'esistenza è accompagnata da una incertezza impenetrabile, ch' è il prodotto arbitrario delle più capricciose combinazioni.

La rendita vitalizia poi è di sua natura mobile, poichè la somma ch'è stata pagata pel prezzo della costituzione è interamente perduta pel creditore, nè può mai più ritornare a lui; per cui la rendita non è che un credito di frutti, i quali decorrono finchè essa dura, e formano tutto il capitale e tutta l'essenza di questo contratto. Essa è redenta, dice Pothier, *vol.* 10, *n.* 249, *pag.* 204, e si estingue per parti, a misura che il creditore la riceve. Il pagamento di ciò che ne fosse dovuto riguardo a'termini maturati sino alla morte della persona, sulla cui testa era costituita, termina affatto di estinguerla. Pare, quindi, che questo credito non possa considerarsi altrimenti che come il credito di quelle somme di danaro, che saranno dovute per tutto quel tempo ch' essa avrà corso.

In quanto alla forma è evidente che quando la rendita si costituisce a titolo gratuito, sia per donazione tra vivi, sia per testamento, debbe essere rivestita di tutte le formalità stabilite dalla legge per le donazioni e pe' testamenti; art. 1841 (- 1969 -): quando poi è costituita a titolo oneroso, può farsi

tanto per iscrittura privata, quanto per atto innanzi a notaio. Nel primo caso, la rendita vitalizia è soggetta alle regole stabilite per la riduzione, collazione ed imputazione da noi sviluppate col tomo II, §§. 161 a 175; art. 1842 (-1970-). Nel secondo caso poi si dovranno osservare le regole relative alle obbligazioni in generale tanto nel modo come si contraggono, quanto nel modo come si provano e si estinguono.

In fine, la costituzione di rendita vitalizia diversifica dalla costituzione di rendita perpetua in molti punti essenziali, cioè 1. in caso d' inadempimento delle condizioni del contratto, il debitore non può esser obbligato al riscatto, se, pria di pronunziarsi dal tribunale sulla sua domanda, fosse morta la persona sulla cui testa era costituita la rendita; mentre che nella costituzione di rendita perpetua, l' inosservanza della condizione dà sempre luogo al riscatto in danno del debitore; art. 1784 (-1912-). 2. Il creditore di una rendita vitalizia, allorchè il fondo ipotecato alla rendita si trova venduto per decreto del magistrato all'asta pubblica, non può pretendere che quella somma che al tempo della graduazione sarà giudicata sufficiente per fargli acquistare una rendita vitalizia proporzionata alla sua età; mentre che il creditore di una rendita perpetua ha dritto di esigere tutta la somma pagata per l' acquisto della rendita istessa. 3. Il fideiussore di una rendita perpetua può, dopo un certo tempo, domandare al debitore di essere discaricato da un tal peso; ma non così il fideiussore di una rendita vitalizia ch' è irredimibile di sua natura, e che si estingue sol per la morte di colui sulla cui testa è stata creata. 4. La rendita perpetua è necessariamente redimibile; art. 1783 (-1911-); mentre che la rendita vitalizia è di sua natura irredimibile, es-

sendo perciò il contratto compreso fra' contratti aleatorii; art. 1786 e 1836 (-1914 e 1964-). Vedi Pothier, *tomo* 10, *pag.* 187 *a* 191, *n.* 243 *a* 292 (1).

Delle condizioni richieste per la validità del contratto vitalizio per dritto francese e vigente.

§. 138. Poichè l'oggetto di questo contratto si è quello di assicurare e di prolungare l'esistenza, offrendo una risorsa all'infortunio ed alla vecchiaia, d'ordinario si costituisce sulla vita di colui che somministra il danaro per acquistarne la rendita, ma può eziandio costituirsi sulla vita di un terzo, che sovente ignora anche la convenzione, e che presta all'acquirente della rendita il numero incerto de' giorni, che gli son dati; art. 1843 (-1971-).

Può costituirsi anche sulla vita di più persone, sia per attribuir loro successivamente il godimento, sia per conservarne il godimento al costituente e suoi eredi, fino all'estinzione di tutte le persone che mantengono e conservano la sua durata; art. 1844 (-1972-).

In fine, può costituirsi anche a vantaggio di un terzo che non somministri il capitale, ma in tal caso, sebbene abbia il carattere di liberalità, la costituzione di rendita non è però soggetta all'os-

(1) Pothier, *luogo citato*, nota altre due differenze fra i contratti di costituzione di rendita perpetua e quelli di rendita vitalizia, cioè 5. mentre vi è una misura legale per gli interessi sulle rendite perpetue, non ve n'è alcuna per le rendite vitalizie, e 6. mentre le rendite perpetue non si possono costituire che in solo danaro, le rendite vitalizie possono anche costituirsi per una certa quantità di grani, o di altri generi.

servanza delle forme richieste per le donazioni, salvo a ridursi, s' eccede la quota disponibile, e ad essere nulla, se sia fatta in favore di persone incapaci.

Questa disposizione rendevasi necessaria, poichè d' ordinario la costituzione di rendita in vantaggio di un terzo può farsi in un contratto di mandato, di vendita ed altri simili, ove non sarebbe possibile osservare le formalità delle donazioni, e d' altronde, come osserva giustamente Dufour sull'articolo 1973 *cod. franc.*, in ta'casi l'atto principale è di costituzione di rendita, ed il dono che si fa al terzo non è che un accessorio mediante una semplice designazione di persone; art. 1845 (-1973-) (1). Vedi ancora il rapporto fatto dal tribuno Simeon, *esposizione de' motivi*, *n.* 86.

La base del contratto di rendita vitalizia, essendo l' esistenza di colui sulla testa del quale riposa, il contratto sarebbe nullo, se nel momento della costituzione fosse morto colui sulla vita del

---

(1) Vedi Dufour, sull' articolo 1973 *cod. fran.* Può taluno incaricare il suo procuratore di esigere un capitale frugifero coll' obbligo di tenerlo presso di sè, e somministrare la rendita ad un terzo; si può parimenti vendere un fondo coll'obbligo al compratore di ritenere il prezzo presso di sè, per pagare una rendita vitalizia in favore di un terzo; ma nel primo caso il contratto principale non è che un mandato, e nel secondo non è che un contratto di vendita, essendo accessorio il dono in favore del terzo. La difficoltà di stender un atto di donazione, che dovrebbe comularsi col titolo del mandato o della vendita, hanno dettata la sanzione dell' articolo 1845 (-1973-); ma nell' uno e nell'altro caso, il terzo in favore di cui è stabilita la rendita ha un' azione contro del mandatario, o del compratore, per costringerlo all' adempimento. Vedi Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *tom.* 1, *n.* 70 *a* 73.

quale la rendita si è costituita, e per lo stesso principio sarebbe nullo del pari, se la rendita fosse stata stabilita sulla vita d'una persona affetta da malattia, per la quale sia morta entro venti giorni dal dì del contratto; art. 1846 e 1847 (-1974 e 1975-). In ambedue i casi proposti non vi sarebbe materia di pericolo, ed il rischio e l'incertezza dell'avvenimento formano l'essenza de' contratti aleatorii.

In fine, la legge non istabilisce la tassa sulla quale può essere costituita una rendita vitalizia, essendo questa facoltà rimessa alla libera volontà de' contraenti. L'impossibilità di determinare la perdita ed il lucro, fondati sul rischio e sull'incertezza, ha fatto adottare questa misura tutta favorevole a colui che stipula per il comodo e per la prolungazione della vita; art. 1848 (-1976-).

Degli effetti del contratto vitalizio fra le parti contraenti per dritto francese e vigente.

§. 139. Poichè il contratto vitalizio è un vero contratto di vendita rispetto a colui che aliena il fondo o sborsa il danaro per costituire in suo favore la rendita, la quale è incapace di redimersi, ne segue

1. Che, in mancanza di pagamento delle annualità, il creditore della rendita non ha dritto a chiedere il rimborso del capitale, o a rientrare in possesso del fondo alienato, ma solo ha il dritto di sequestrare e di far vendere i beni del suo debitore, perchè dal ritratto della vendita si faccia l'impiego di una somma bastante per assicurare il pagamento delle annualità; art. 1850 (-1978-).

2. Che il costituente non può dall'altro lato liberarsi dal pagamento della rendita con offrire il rimborso del capitale e con rinunziare alla petizione delle annualità pagate, dovendo continuare a corrispon-

dere la rendita, durante tutta la vita di colui e di coloro sulla esistenza di cui è stata costituita. Essendosi consumato il contratto, il debitore dee giustamente subire tutte le combinazioni di una speculazione poco favorevole, di cui ha falsamente desiderato con trasporto i vantaggii, ed il creditore della rendita non può contro sua voglia esser obbligato a risolvere il contratto, ricevendo il rimborso del capitale, o la restituzione del fondo alienato; art. 1851 (-1979-).

3. Che solamente può risolversi il contratto di costituzione di rendita, se sia stato oneroso, mediante un prezzo, quando il costituente non somministrasse le cautele stipulate per la esecuzione; ma se il contratto fu puramente gratuito, questa disposizione s'invocherebbe inutilmente dal creditore della rendita; art. 1849 (-1977-).

Siccome poi la base del contratto della rendita vitalizia è la esistenza di colui sulla vita del quale riposa, così non può chiedersi il pagamento delle annualità se non giustificandosi la esistenza della persona sulla vita della quale è stata costituita; ma ciò provato dee corrispondersi in proporzione del numero de' giorni che ha vissuto. Se però siasi convenuto di pagarsi anticipatamente, la rata anticipata si acquista dal giorno in cui è scaduto il pagamento; art. 1852 a 1855 (-1980 *a* 1983-).

Finalmente, per un favore dovuto alle costituzioni di rendita fatte con titolo gratuito, e che prendono il carattere sacro di alimenti caritatevoli, la legge permette di potersi stipulare che la rendita non sia soggetta a sequestro. In questa ipotesi il patto sarà una condizione della donazione che i creditori del donatario dovranno rispettare, senza poter deviare il suo corso e la sua destinazione, giacchè essi non doveano calcolare su di una liberalità che non po-

trebbe esser loro proficua contro la volontà del donante; art. 1853 (-1981-).

L'istesso avrà luogo, se il costituente a titolo gratuito, senza stipulare l'insequestrabilità della rendita, dicesse di volerla costituire per alimenti, o a titolo di prestazione vitalizia alimentaria, come decise la Corte di appello di Aix. Vedi Sirey, *vol.* 6, *parte* 2, *pag.* 146, *decisione del* 27 *Marzo* 1806.

Della estinzione delle rendite vitalizie per dritto francese e vigente.

§. 140. Le rendite vitalizie si estinguono 1. con la morte della persona sulla cui testa la rendita vitalizia erasi costituita; 2. con la rendenzione volontaria della rendita permessa dal creditore; 3. con la remissione; 4. con la novazione; 5. con la confusione; 6. con la prescrizione di anni trenta.

Il primo mezzo di estinzione risulta dalla natura del contratto, poichè, dipendendo la rendita vitalizia dall' esistenza della persona sulla quale è fondata, cessa di essere dovuta dacchè questa più non esiste. Sia la costituzione di rendita una liberalità generosa, o in vece un calcolo odioso di avarizia e di cupidigia, sempre l'esistenza di uno o più individui costituisce l'essenza di questo contratto che riposa sull' incertezza dell'esistenza, dalla quale dipender debbono i dritti e gli obblighi del creditore e del debitore.

Gli altri mezzi di estinzione poi sono previsti dagli articoli 1225, 1237, 1254, 2178 e 2183 (-1271, 1283, 1300, 2272 *e* 2277-), che son comuni a questo contratto.

LEZIONE NONA.

Del deposito e del sequestro.

Nozioni preliminari e divisione della materia contenuta nella presente lezione.

§. 141. Il trattato del deposito e del sequestro occupa il titolo XII del libro III immediatamente dopo quello del prestito. Esso è un contratto essenzialmente gratuito, è uno di quegli atti di confidenza che onorano il depositario, è un atto sì grave e sì importante in sè stesso, che la legge investe di un' autorità domestica e di una magistratura privata il depositario, onde abbiasi a confidare alla sua probità e buona fede, divenendo egli l'arbitro della fortuna di un padre di famiglia, che a lui confida i segreti, i titoli e le ricchezze che formano tutto il suo patrimonio.

In tutti i tempi e presso tutti i popoli *res sacra depositum erat*, ma poichè ben ispesso la confidenza del deponente è stata tradita, e le obbligazioni del depositario violate, le leggi han dovuto accorrere in soccorso della buona fede, stabilendo talune norme che noi spiegheremo colla presente lezione (1).

---

(1) Il deposito è uno de' contratti di beneficenza, di cui l'origine risale a quell' istinto del bene e del male che la mano della Provvidenza ha impresso in tutti i cuori, come vi ha collocato il gusto del bello e la ripugnanza del brutto; a quell' istinto, il quale ci rivela che l' uomo è per natura un essere buono, sensibile e socievole; a quell'istinto, il quale nell'uomo isolato non è che un sentimento rozzo e grossolano, e nell' incivilito si sviluppa, si perfeziona, diviene virtù.

Ma donde avvenne mai che questi atti di beneficenza abbiano potuto degenerare e cedere, come i costumi, alla

Essa pertanto sarà divisa in due capitoli, dei quali il primo tratta del deposito propriamente detto, della sua natura, de' dritti e delle obbligazioni che ne dipendono; in fine, di alcune specie particolari di deposito: il secondo tratta del sequestro, delle sue diverse specie, de' dritti e degli obblighi, che ne risultano.

CAPITOLO I.

Del deposito propriamente detto.

Della natura e della essenza di questo contratto per dritto romano.

§. 142. Il deposito, dice Ulpiano colla legge 1 *ff. depositi vel contra, est quod custodiendum alicui datum est; dictum ex eo quod ponitur. Praepositio enim* DE *auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet.*

Da questa definizione appare quanto esser debba austera la probità, quanto pura la riputazione del depositario, onde abbiasi a cimentare nel san-

---

depravazione generale? Perchè mai delle leggi, di regolamenti che derivano dal dritto naturale, e che il selvaggio ne' deserti e nelle foreste sotto la sua capanna adempie con lealtà senza conoscere i proprii doveri, l' uomo civilizzato, convinto della loro santità, li viola ed oltraggia nelle superbe città, malgrado le sue perfette nozioni sul giusto e sull' ingiusto?

Un pugno di oro, l' idolo de' popoli civilizzati, suscita questa deplorabile rivoluzione. Esso tutto infetta e corrompe; esso fa tacere ogni sentimento, e soffoca la voce dell' onore e della probità; e per tal motivo le leggi di tutti i popoli e di tutti i tempi hanno dovuto dettare norme salutari, perchè il deposito non venghi violato, determinando il tempo, il luogo ed il modo della restituzione. Vedi Hulteau sopra Pothier, *vol.* XI.

tuario della di lui coscienza la santità de' suoi doveri colla pericolosa facilità di appropriarsi le altrui sostanze! Presso i romani questo contratto era reale e di buona fede, e distinguevasi anche in deposito propriamente detto e *sequestro*; ma quest'ultimo non potea essere che volontario per voto de' litiganti, perchè, se veniva ordinato dal giudice, non costituiva un contratto, ma una semplice custodia della cosa controversa, la quale doveasi scrupolosamente adempire per non contravvenire all' ordine del magistrato. *LL.* 6 *e* 17 *ff. depositi; e* 7 *ff. qui satisdare cogantur.*

Il deposito semplice poi distinguevasi in volontario e necessario, secondo che il primo era la conseguenza della libera volontà delle parti, senza essere determinate da veruna imperiosa circostanza, mentre che il deposito necessario, detto altrimenti deposito miserabile, era quello che faceasi in caso di necessità impreveduta, come ne'casi d'incendio, di naufragio, di saccheggio ec. *L.* 1 *e seg. ff. depositi.*

In fine, il contratto di deposito non potea aver luogo se non sulle cose mobili; per cui non era perfetto che colla tradizione reale o fittizia, come rileviamo dall'intero titolo del digesto *de obligat. et action.*, e dall'altro *ff. depositi.*

Della natura e della essenza del deposito per dritto francese e vigente.

§. 143. Il contratto di deposito, secondo i principii delle nuove leggi, *è un contratto di beneficenza reale e sinallagmatico, che non può aver per oggetto se non cose mobili, e che non può in conseguenza essere perfetto se non con la tradizione vera o fittizia della cosa depositata;* art. 1789 a 1791 (-1917 *a* 1919-).

Quindi, possiamo francamente dire, che per

poter sussistere un contratto di deposito, è necessario 1. che al depositario sia consegnata la cosa, ove non si trovasse presso di lui; 2. che sia consegnata con lo scopo di doverla custodire; 3. che il depositario debba incaricarsi gratuitamente di questa costodia, senza di che il contratto non sarà di deposito, ma di locazione, come decise Ulpiano colla legge 1 *ff. depositi* (1).

Anche le nuove leggi distinguono il deposito in volontario e necessario, di cui le regole saranno da noi esposte co' paragrafi che seguono.

Come si contraeva il deposito volontario, e quali erano i mezzi per provarlo per dritto romano? Tra quali persone potea aver luogo questo contratto?

§. 144. Poichè il deposito volontario era un vero contratto reale, la sua perfezione ottenevasi col consenso reciproco di chi depositava, e di chi riceveva la cosa in deposito, ma in caso di contraddizione era sempre ammessa la pruova testimoniale per un rescritto di Costantino contenuto nella legge

---

(1) Il deposito propriamente detto è un contratto essenzialmente gratuito. Se il depositario riceve una retribuzione per custodire il deposito, sarebbe una locazione. *Si enim ex eo mercedem accipiat, ex conducto erit actio*; *l.* 1, §. 8, *ff. h. t.* Similmente, se il depositante stipulasse che il depositario gli pagherebbe un interesse della cosa depositata, sarebbe un mutuo ad interesse; *qui cum usuriis deposuit, privilegium ammittit, quasi renunciaverit deposito*; *l.* 7, §. 2, *ff. h. t.* Vedi Maleville sul presente titolo del codice francese.

Nondimeno Henris, *tom.* 1, *lib.* 4. *quaest.* 110, e Sirey, *pag.* 438, riportano talune sentenze di Parigi e di Tolosa, le quali hanno deciso che quando mettesi danaro in deposito nelle mani di un negoziante, si possono stipulare interessi senza ch' ei cessi perciò di essere depositario; e questo in tal caso dicesi un deposito irregolare.

15 *cod. de fide instrum.*, reso ancor più generale nell'applicazione da Giustiniano con la legge 14 *cod. de contrahenda et commit. stipulat.*; nè richiedevasi la scrittura che nel contratto chirografario.

Qualunque persona poi, ancorchè non proprietaria della cosa depositata, potea validamente far deposito, meno che non si depositasse presso del proprio padrone; e poteasi anche depositare da un minore presso di un minore, coll'avvertenza che se avesse questi tratto qualche vantaggio dal deposito, potea essere tenuto a render conto del guadagno, come altresì potea esser obbligato alla restituzione coll'azione vendicatoria. *LL.* 4, 16, 31 *e* 39 *ff. depositi*; 9 *de pignorat. act.*; 9 *cod. de minoribus*; *e* 45 *ff. de regulis iuris.*

Come si contrae, e con quali mezzi si prova il deposito volontario per dritto francese e vigente? Tra quali persone può aver luogo questo contratto?

§. 145. Il consenso reciproco di chi fa e di chi riceve il deposito anche in forza delle nuove leggi rende perfetto il contratto; ma, se l'oggetto depositato eccede il valore di centocinquanta franchi per dritto francese, e di ducati cinquanta per le leggi civili vigenti, la pruova testimoniale è interdetta. In quest'ultimo caso però quando non vi sia scrittura, siccome il deponente ha riposato sulla fede e sulla morale del depositario, così in caso di contraddizione la legge vuole che si presti intera fede alla dichiarazione del depositario, sia per lo fatto del deposito, sia per le cose che ne formano l'oggetto, sia per la loro restituzione; art. 1793 a 1796 (-1921 *a* 1924-).

Le nuove leggi, diffidando della pruova testimoniale per un principio generale consagrato col titolo delle obbligazioni in generale, han dovuto farne l'applicazione anche nel contratto di deposito.

A differenza del dritto romano poi, le nuove leggi non permettono che al solo proprietario della cosa depositata di far deposito volontario, ovvero ad altri in suo nome, e col di lui espresso o tacito consenso; art. 1794 (-1922-). Dacchè il deponente contrae obblighi verso il depositario, era giusto che che s'interdicesse la facoltà di far deposito a chi, non essendo padrone della cosa volontariamente data in deposito, non ha interesse di adempiere alle obbligazioni contratte.

Per l'istessa ragione le nuove leggi decidono che le persone incapaci a contrarre non possono ricevere il deposito, perchè esse non potrebbero esser astrette all' adempimento delle obbligazioni che impone il deposito; per cui, ove questo caso si avverasse, il deponente non avrà che l'azione di ripetizione, se esiste in natura, e quella di ripetizione di ciò ch' è ridondato in vantaggio del depositario, se l' oggetto non esiste più.

Se, per l' opposto, una persona incapace faccia un deposito in mano di persona capace, questa può essere convenuta in giudizio dal tutore od amministratore dell' incapace per l' adempimento di tutte le obbligazioni, ch' impone il deposito, senza poter opporre l'incapacità della persona con la quale ha contrattato; art. 1079, 1797 e 1798 (-1125, 1925 *e* 1926-) (1).

Come si contraeva, e con quali mezzi si provava il deposito necessario per dritto romano?

§. 146. Il deposito necessario, anche detto deposito miserabile da' romani, merita di esser anno-

(1) Gli autori delle pendette francesi, col commento sull' articolo 1926 fanno distinzione tra minori puberi e minori impuberi, ma questa distinzione non è riconosciuta dalle nuove leggi.

verato piuttosto tra' quasi-contratti, che tra' veri contratti, checchè abbia insegnato in contrario Pothier col suo *contratto di deposito, n.* 75. In vero, il deposito necessario si fa per causa di un accidente imperioso non preveduto, nel caso d' incendio, di una ruina, di un saccheggio, di un naufragio, ne' quali casi non si va scegliendo una determinata persona, ma il primo che s' incontra, e nella cui fiducia si ripone la salvezza de' proprii effetti. Quello che riceve il deposito, lo riceve quasi senza esprimere alcuna volontà d' incaricarsene, senza manifestare alcun consenso di obbligarsi; ma se col fatto la cosa rimane presso di lui, egli diviene per ragion del suo fatto risponsabile *ex quasi-contractu,* e la sua obbligazione discende meno dal proprio consenso, che dal suo fatto personale e dall' autorità della legge protettrice dell' infortunio e della sventura. *LL.* 1, 2, 3 *e* 18 *ff. depositi.*

Le leggi romane non solo ammetteano la pruova testimoniale per far costare l'esistenza del deposito necessario, ma punivano il depositario infedele colla restituzione del doppio della cosa depositata. *LL.* 1 *e* 18 *ff. depositi.*

In fine, era ragionevole che il deposito necessario potesse aver luogo tra qualunque classe di persone, poichè in caso di tumulti, d'incendii, di naufragii ec., non si avea l'opportunità di fare la scelta del depositario, mentre in tali casi la necessità non ammette consigli, ed opera indipendentemente dai calcoli della fredda ragione. Vedi Domat, *leg. civ., parte* 1, *lib.* 1, *n.* 7, *sez.* 5, *n.* 1.

Come si contrae, e con quali mezzi può provarsi il deposito necessario per dritto francese e vigente?

§. 147. Poichè il deposito necessario, come si è osservato col paragrafo antecedente, si fa in caso

d'incendio, di ruine, di saccheggio, di naufragio e di altri accidenti impreveduti, era necessario che meritasse una particolare protezione del legislatore, perchè l'interesse della società richiede che, se il depositario necessario sia vile abbastanza per oltraggiare i doveri più sacri, venga trattato con maggiore severità per un omaggio alla buona fede e per apprestarsi un asilo alla sventura.

Per queste considerazioni, le nuove leggi, uniformemente a ciò che avea stabilito l'ordinanza del 1667, autorizzano non solo alla pruova testimoniale per questa specie di deposito, ma permettono eziandio l'arresto personale; art. 1822, 1823 e 1934 (-1950, 1951 *e* 2060-).

Degli obblighi del depositario e del deponente, sia nel deposito volontario, sia nel deposito necessario per dritto romano.

§. 148. I doveri del depositario ci vengono dettati da quella legge di morale che trovasi scolpita nel cuore di tutti gli esseri creati, e ch'è la misura vivente della giustizia. Le leggi civili non han fatto che sanzionarli, per offrire alla fragile umana ragione il filo salutare da invocarsi nel tortuoso laberinto della vita. Quindi, i principii che regolano le obbligazioni del depositario, essendo tanti corollarii della ragion comune, che non è in potere dell'uomo di mutare, trovansi necessariamente gli stessi nel corpo del dritto romano ed in tutte le altre legislazioni; per lo che, ad evitare una inutile ripetizione, noi inviamo il lettore a' titoli del codice e del digesto *depositi*, e passiamo ad esporre col paragrafo seguente le regole tracciate sul proposito dalle nuove leggi.

§. 149. I doveri del depositario, sia volontario, sia necessario, risultano dalla natura istessa del contratto ch' è un puro ufficio di amicizia, e che riposa nella probità, nella buona fede e nella riputazione del depositario. Essi riduconsi principalmente a due, cioè 1. fedeltà nella custodia del deposito; 2. restituzione del deposito istesso.

Il dovere della fedeltà nella custodia è così inerente alla natura del contratto, che non può il depositario dispensarsene; quando anche si fosse convenuto l'opposto, poichè un tal patto sarebbe nullo, come avverso alla santità de' doveri che la morale impone al depositario. Egli dee quindi usare quell' istessa diligenza che userebbe nelle cose proprie; ma se il depositario si fosse offerto spontaneamente a custodire il deposito, senza aspettare di esserne richiesto; se si fosse fatto pagare della custodia; se il deposito si fosse fatto per solo suo interesse; se, in fine, si fosse reso espressamente risponsabile di ogni specie di mancanza, in tutti questi casi l'adempimento del suo dovere si esige col massimo rigore, senza che per altro le nuove leggi avessero fissato i limiti delle sue obbligazioni, rimettendosi alla prudenza del giudice per farne l' applicazione secondo la diversità delle circostanze; art. 1799 e 1800 (- 1927 *e* 1928 -).

L'istesso dovere della fedeltà nella custodia obbliga il depositario a non potersi servire delle cose affidategli se non coll' espresso consenso del deponente, e gli vieta ogni tentativo a scovrire le cose depositate, quando gli fossero state consegnate sotto suggello; art. 1802 e 1803 (- 1930 *e* 1931 -) (1).

(1) Per massima generale, il depositario non risponde

Il dovere poi della restituzione del deposito obbliga il depositario a restituire le stesse cose in individuo e nello stato in cui trovansi, ancorchè deteriorate; se son perdute in parte, è obbligato a restituire ciò che vi rimane; se avesse ricevuta qualche cosa in cambio di quella affidatagli, dee consegnare questa al deponente; se si fosse smarrita per suo dolo o venduta con sua mala fede, è tenuto al risarcimento de' danni ed interessi, senza pregiudizio dell' azione diretta che compete al deponente contro del possessore; se, in fine, la cosa depositata si fosse venduta in buona fede dall'erede del depositario, il venditore è tenuto alla restituzione del prezzo, o alla cessione delle ragioni contro del compratore, se il prezzo non si fosse ancora soddisfatto; art. 1806 e 1807 (-1934 *e* 1935-).

Il deposito poi dee restituirsi al deponente ad ogni richiesta, quando anche si fosse pattuito un termine, sia ch'egli richiegga la cosa depositata direttamente, sia per mezzo di un mandatario, o quando anche altri avesse fatto il deposito in suo nome. Ma se si scovrisse di non esser il deponente il vero padrone, il depositario è nell'obbligo d'intimare quest' ultimo per reclamarlo in un determinato termine, elasso il quale sarà validamente liberato, consegnando il deposito a colui dal quale l'avrà ricevuto; art. 1810 (-1938-).

In caso di morte del deponente, la cosa dee restituirsi a' suoi eredi *pro parte*, se la cosa sia

---

che delle colpe gravi, cioè di quelle che un buon padre di famiglia può prevenire; ma le nuove leggi coll' articolo 1799 (-1927-) ritengono le varie eccezioni stabilite col paragrafo, uniformemente a quel che stabilivano le leggi romane colle leggi 1 *e* 5 *ff. depositi*; 1 *ff. de obligat. et action.*; 1 *e* 4 *ff. de rebus creditis.*

divisibile; ed a tutti unitamente, se sia indivisibile. Se poi il deponente avesse cangiato di stato, come p. e. se fosse divenuto interdetto, o sottoposto all' altrui potestà, in ta' casi la restituzione dee farsi a coloro che amministrano le ragioni ed i beni del deponente; art. 1811 e 1812 (-1939 *e* 1940-).

In fine, il deposito dee restituirsi nel luogo indicato col contratto, ed in mancanza d' indicazione, nel luogo ove trovasi la cosa depositata; art. 1814 e 1815 (-1942 *e* 1943-).

In ogni caso poi il depositario non è tenuto di rispondere degli accidenti di forza irresistibile se non dopo costituito in mora, e quando si dimostrasse che la perdita non si sarebbe sofferta, se la restituzione si fosse fatta nel tempo della richiesta; art. 1801 (-1929-).

Le leggi romane, non contente di avere sanzionati i doveri del depositario, dichiaravano infame colui che scientemente usasse della cosa depositata e soggetto ad essere perseguitato coll' azione furtiva; *l.* 76 *ff. de furtis*; *Instit.*, §. 6, *de obligat. quae ex delictu nascuntur*; per lo che egli non potea mai esser ammesso al beneficio della cessione de' beni che accordavasi solamente all' onestà ed alla sventura. Le nuove leggi, tolta l'infamia, si contentano di negare al depositario infedele il beneficio della cessione; art. 1817 (-1945-).

Fin qui degli obblighi del depositario, sia volontario, sia necessario, obblighi all' adempimento de' quali egli era tenuto coll' azione detta *directa depositi*. Ma, in forza dell'azione detta *depositi contraria*, il deponente può esser astretto all' indennizzazione di tutte le spese fatte per la conservazione del deposito, e di tutte le perdite, alle quali lo stesso deposito ha potuto dar luogo, godendo il depositario del privilegio di ritenere il deposito fino

all'intero pagamento di ciò che gli è dovuto; art. 1819 e 1820 (-1947 e 1948-).

Di alcune altre specie particolari di deposito, tanto per dritto romano, quanto per dritto francese e vigente.

§. 150. Indipendentemente dal deposito volontario è necessario, di cui si è espressa la natura e definiti i caratteri co' paragrafi precedenti, tanto le antiche, quanto le nuove leggi riconoscono eziandio i depositi che si fanno da un viaggiatore all'oste, presso cui si va ad alloggiare per le robe introdotte nell'albergo, durante tutto il tempo che vi si alloggia. Questo deposito è diverso dal deposito ordinario, in quanto che l'oste non s'incarica della custodia per un ufficio amichevole, ma in considerazione del guadagno ch'ei ricava dal viaggiatore per l'alloggio, così che può dirsi un contratto accessorio al contratto principale della locazione, dell'albergo e de' servizii dell'oste.

Questa era l'idea de'giureconsulti romani, come rileviamo da Caio, *l. 5 ff. nautae, caupones ec.*; ma le nuove leggi considerano questo deposito come un deposito necessario, per cui si ammette la pruova testimoniale, quando anche il valore eccedesse la somma di centocinquanta franchi per dritto francese, e di docati cinquanta per le leggi civili; art. 1824 (-1952-). Perchè la più gran sicurezza accompagnar deve l'albergatore, e ad oggetto d'inspirargli confidenza sulla protezione che la legge gli accorda, gli osti e gli albergatori sono tenuti pel furto o pel danno che si arreca alle robe del viandante, tanto se siano stati commessi da'domestici e dalle persone preposte alla direzione degli alberghi, quanto dagli estranei, purchè però siano avvenuti dopo la consegna, e non siano stati commessi con forza armata, o con altra forza irresistibile; art. 1825

e 1826 (-1953 e 1954-). *LL.* 2 e 5 *ff. naut.*, *caupon. ec.*

Si riconoscono ancora dalle nuove leggi le seguenti altre specie di deposito, cioè 1. il deposito che si fa de'mobili sequestrati in caso di pignoramento; 2. il deposito che il giudice permette ad un debitore di fare della cosa ch' ei deve, allorchè il creditore ricusa di riceverla; 3. i depositi che si fanno a' ricevitori del tesoro e de' pubblici depositi (1).

Nel primo caso il contratto, che comprende la destinazione del custode, non è un vero deposito, perchè il custode dev' essere pagato, ma è una specie di locazione che si fa dall' usciere in nome delle legge e del sequestrante, verso del quale il custode contrae l'obbligo della conservazione degli effetti sequestrati, e della restituzione all'usciere per essere venduti o restituiti al sequestrato. Il custode però non ottiene mai il possesso della cosa sequestrata, ma la ritiene in nome del sequestrato, finchè questi non ne sarà spogliato mediante la vendita giudiziaria.

Nel secondo caso, il deposito è un vero deposito giudiziario che libera il debitore verso le parti, in concorso delle quali si è pronunziata la sentenza che ve lo autorizza.

In fine, nel terzo caso vi ha una specie di deposito giudiziale diverso dal convenzionale, poichè non v'intercede alcun contratto fra le parti, e diverso ancora dal giudiziario in quanto che non il giudice, ma la legge autorizza il ricevitore a ricevere il deposito mediante la percezione de'dritti che

---

(1) In Napoli i depositi giudiziarii debbono effettuarsi presso la cassa di ammortizzazione; nelle provincie presso i ricevitori distrettuali. Vedi il Real decreto del 1 Gennaio 1817, col quale fu riorganizzata la cassa di ammortizzazione istituita sotto l' occupazione militare.

gli son dovuti. Il debitore con tal mezzo si libera dalle sue obbligazioni per la concorrenza del prezzo dell'aggiudicazione in favore de' creditori sequestranti ed opponenti, che debbono riscuoterlo, e verso i quali il ricevitore resta tenuto a tutti gli obblighi del depositario. Vedi Pothier, trattato *del deposito*, *vol.* 12, *n.* 100 *a* 117.

CAPITOLO II.

Del sequestro.

Delle diverse specie di sequestro per dritto romano. Principii che regolavano il sequestro convenzionale.

§. 151. Allorchè due o più persone litiganti sopra una cosa mobile od immobile accosentivano di darla in mano di un terzo, perchè la custodisse e la consegnasse al vincitore, in tal caso questo terzo dicevasi *sequester apud quem plures eamdem rem de qua controversia est deposuerunt; l.* 110 *ff. de verbor. significat.* Il sequestratario scelto dalla volontà delle parti litiganti potea non esiger mercede, ma potea anche pretender un salario; nell'uno e nell'altro caso però egli conseguiva il possesso della cosa sequestrata, che non era nell'obbligo di restituire se non dopo terminata la contestazione, nè poteva esonerarsi dal peso della custodia, senza una giusta causa; *ll.* 5, 6, 12 *e* 17 *ff. depositi.* Per la restituzione della cosa sequestrata, i deponenti potevano agire coll'azione *directa sequestraria*; per l'indennizzazione delle spese poi e del salario, s'erasi convenuto, il sequestratario poteva agire coll'azione *contraria.*

Ove la lite non fosse ancora terminata, se i collitiganti erano di accordo, potevano ripetere la cosa sequestrata coll'azione *praescriptis verbis. LL.* 5 *e* 12 *ff. depositi.*; *e* 9 *ff. de dol. mal.*

Se il sequestro volontario fosse stato gratuito, il sequestratario era tenuto a tutti gli obblighi del depositario verso tutti i collitiganti, i quali rispetto a lui formavano una parte sola che rappresentavano il deponente.

Delle diverse specie di sequestro per dritto francese e vigente. Principii che regolano il sequestro convenzionale.

§. 152. Le nuove leggi riconoscono gli stessi principii adottati dal dritto romano sul proposito, e ritengono la stessa definizione e le stesse regole.

Quindi, il sequestro convenzionale può essere gratuito o interessato con salario, e può avere per oggetto cose mobili ed immobili.

Se è gratuito, è sottoposto alle regole del deposito propriamente detto, ma in ogni caso il depositario non può essere liberato dalla custodia prima che sia terminata la controversia se non mediante il consenso di tutte le parti interessate, e per una causa giusta e legittima; art. 1828 a 1832 (- 1956 *a* 1960 -).

Del sequestro, o sia deposito giudiziario, per dritto romano.

§. 153. Indipendentemente dal sequestro che facevasi per volontà de' litiganti, talvolta il giudice per qualche giusta causa, sia ad oggetto di evitare le vie di fatto, sia ad oggetto di allontanare le dilapidazioni, soleva ordinare il sequestro di oggetti mobili od immobili anche contro la volontà de' litiganti, come rileviamo dalle leggi 4 *e* 21 *ff. de appellation.*; 7 *ff. qui satisd. cog.*; 16 *ff. de offic. praesid.*; 22 *ff. solut. matrimon.*, ed altre simili. Il sequestratario nominato dal giudice avea dritto di pretender un salario, ma era altronde soggetto a tutte le obbligazioni del sequestratario con-

venzionale, sia per la fedeltà e diligenza nella custodia, sia per l'obbligo della restituzione. *LL.* 5, 6, 12, 17 *e* 18 *ff. deposit.*; *e* 23 *ff. de regul. iur.*

Del sequestro, o sia deposito giudiziario, per dritto francese e vigente.

§. 154. Le nuove leggi riconoscono anche il sequestro giudiziario ne' tre seguenti casi, cioè 1. allorchè si tratta de' mobili presi ad un debitore; 2. di un immobile o di una cosa mobile, di cui la proprietà o il possesso sia conteso fra due o più persone; 3. delle cose che un debitore offre per la sua liberazione; art. 1833 a 1835 (-1961 *a* 1963-).

Il sequestro giudiziale non si distingue dal convenzionale in quanto a' suoi effetti, essendo identiche le obbligazioni di entrambi, se non che il convenzionale è nominato dalle parti, mentre che l'altro è nominato dal giudice, ove le parti non convengono tra loro, ed altronde la legge assegna di pieno dritto un salario al custode giudiziale. Quindi, l'istesso obbligo per l'esattezza della custodia; l'istesso obbligo per la restituzione; l'istesso dritto all'indennizzo delle spese; e finalmente le stesse facoltà di ritenere il deposito finchè non sia stato pagato di tutto ciò che gli è dovuto per cagione del deposito.

Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente al deposito ed al sequestro.

§. 155. Indipendentemente da' depositi di cui si è parlato co' paragrafi precedenti, vi era nel nostro regno un' altra specie di deposito, che si faceva ne' banchi, e ch'era sottoposto a regole particolari.

Da prima i banchi erano privati, e di essi si occupano varie prammatiche sotto il titolo *de num-*

mulariis, colle quali ordinavasi, che ove si fosse negata la restituzione del deposito, i banchieri fossero puniti di morte, e si procedesse alla forgiudica, qualora, trattenendosi nascosti per giorni sei, non comparissero fra altri sei giorni dal dì della notifica. Vedi le prammatiche 1 *e* 4 *de nummulariis*.

A' banchi privati succedettero poi i banchi pubblici eretti verso la fine del secolo XV, come rileviamo dalle prammatiche del 1536, 1549, 1553, 1579, 1580 e 31 Marzo 1603, colle quali si stabilirono diverse norme per la gelosia dell' impiego de' banchieri, cui negavasi per sino l'asilo in forza del concordato del 1741, sia che mancassero per dolo, sia che mancassero per ingiuria di fortuna.

All'epoca del 1623 esistevano sette banchi pubblici nella capitale, cioè 1. il banco di S. Eligio; 2. del popolo; 3. dello Spirito Santo; 4. del monte de'poveri; 5. del monte della pietà; 6. di S. Giacomo; 7. della Santissima Annunziata.

I nostri banchi però, a differenza di quelli delle altre nazioni, non erano meri banchi di deposito, perchè il banchiere riuniva la qualità di depositario e di debitore. Egli riceveva il danaro immessovi da' privati, rilasciando un biglietto, che chiamavasi fede di credito, dalla quale nasceva poi la polizza di banco, perchè della somma convenuta o aggiunta nella prima si facevano i pagamenti particolari in polizza notata sulla fede, che avevano un' autenticità maggiore di tutti gli altri contratti.

Se ne'banchi si faceva deposito per ordine del magistrato, cessava il corso degli interessi, anzi se di propria volontà il debitore di un censo consegnativo depositava in banco la sorte principale, e ne denunciava il creditore, dopo due mesi non era tenuto più a pagare le terze, ed il danaro restava a

pericolo del creditore. Vedi Afflitto, *decisione* 132.

Le vicende del regno produssero un discredito a' banchi, e nel 1803 quello solo di S. Giacomo rimase destinato a tutti i rami delle Reali finanze sotto il nome di banco di Corte; ma dopo l'invasione francese si fecero varii cangiamenti, fino a che avenuta la ristaurazione con decreto del 12 Dicembre 1816 si organizzarono due banchi distinti pel servizio di Corte e per quello de' particolari, sotto il nome di banco delle Due Sicilie, ed una cassa ausiliaria del banco di Corte venne in seguito aperta con decreto del 23 Agosto 1824 nel locale dell' abolito banco dello Spirito Santo.

PARTE SECONDA.

De' contratti accessorii.

LEZIONE DECIMA.

Della fideiussione.

Nozioni preliminari.

§. 156. Dopo di aver parlato de'contratti principali, ci occupiamo ora de'contratti accessorii che servono di mezzo per garentire vie maggiormente le obbligazioni contratte. Tra questi si annoverano la fideiussione, il pegno, l'anticresi, i privilegii e le ipoteche.

La fideiussione, in vero, altro non è che l'obbligo di soddisfare un debito, che altri è tenuto di adempiere in caso di sua mancanza. Essa è spesso l'effetto di un contratto, perchè il più delle volte l'uomo, che non c'ispira una confidenza per l'adempimento de' suoi impegni, può trovare altri capace ad offrirci la garentia ch' ei non presenta, e

mercè questo mezzo ne avviene che una famiglia infelice trova talune risorse, un onesto negoziante evita la rovina che gli si minaccia, e l'assente debbe al suo amico la conservazione delle sue proprietà (1).

Ma, indipentendemente dalla fideiussione convenzionale, in taluni casi la legge esige una garentia per lo godimento de' dritti conferiti a taluno, come nel caso dell'usufrutto; art. 526 (-601-); ed oltre a ciò il giudice può in alcuni altri casi esigere una cauzione da' litiganti, come nell' articolo 226 leg. di proc. civ. (-135 *cod. di proc. franc.*-). La fideiussione, quindi, si distingue in convenzionale, legale e giudiziaria, e di tutte tre queste differenti specie noi ci occuperemo colla presente lezione divisa in quattro capitoli, di cui il primo tratta della natura e della estensione della fideiussione; il secondo de' suoi effetti; il terzo delle cause che possono estinguerla; il quarto finalmente della fideiussione legale e della giudiziaria.

CAPITOLO I.

Della natura e della estensione delle fideiussioni.

Definizione della fideiussione per dritto romano; sua natura e suoi limiti.

§. 157. La fideiussione viene definita dalla legge 12, *cod. de fideius.*, per *un contratto, la cui mercè taluno si obbliga di soddisfare gli impegni altrui per mezzo della stipulazione e senza novazione.* Quando questa obbligazione accessoria contraevasi col

(1) Vedi il rapporto del tribuno Chabot, *esposizione de' motivi*, *n. 93.*

nudo patto, non formava una fideiussione, ma quel che i romani chiamavano *pactum de constituta pecunia,* invenzione de' pretori per garentire le obbligazioni che prima non producevano azione civile, come rilevasi dalle leggi 1, 16 e 18 *ff. de constituta pecunia* (1).

Quando taluno addossavasi l'altrui obbligazione *novundo*, in tal caso dicevasi propriamente espromissore, come rileviamo dalla legge *ult. ad SC.*

---

(1) Il patto *de constituta pecunia* era un patto nudo, in forza del quale taluno si costituiva debitore di una qualche cosa antecedentemente dovuta, e, scaduto il termine del pagamento, non avea soddisfatto indipendentemente dal fatto del creditore; *ll.* 1, 16 e 18 *ff. de constit. pecun.* La parola *pecunia* nella sua ampia significazione abbracciava ogni genere di cose, siccome ci ascicura Paolo colla legge 17 *ff. de constit. pecun.*, ed in forza di quest' azione colui a favore del quale si era fatta la promessa, aveva il dritto di costringere il debitore o i suoi eredi all' adempimento, o a' danni ed interessi fra dieci giorni dal dì della scadenza. *L.* 14 *ff. eod.*

Riconoscevano ancora i romani un' altra specie di obbligazione accessoria, che si contraeva da colui il quale commettea ad un altro di fare o di non fare qualche cosa in favore di un debitore, e chiamavasi *mandator rei credendae* colui che assumeva siffatto obbligo, siccome chiamavasi *expromissor* colui che o innovava la propria obbligazione, o assumeva a sè l' obbligo di un altro liberandolo; *ll.* 12 *ff. mandati*; 4 *ff. de condict. caus. data, causa non sequuta*; ma, come bene osserva Cuiacio, *commentario sulla legge* 21 *ff. de pactis*, nè quello che chiamavasi *mandator rei credendae*, nè l' espromissore poteano confondersi col fideiussore, perchè il primo non contraeva alcuna obbligazione verso colui in favore del quale avea commesso ad altri di fare qualche cosa, e l'espromissore, quando assumeva a sè l' obbligo di un altro, liberava il primo debitore dall' obbligazione contratta, mentre che nella fideiussione l'obbligo principale continua a sussistere.

Macedonianum, e dal paragrafo terzo delle Istituzioni *quibus modis tollitur obligatio.*

La fideiussione, come obbligazione accessoria, potea validamente aggiungersi a qualunque contratto, sia verbale, sia letterale, sia consensuale, ma l'obbligazione principale non dovea essere assolutamente nulla, come risulta dalle leggi 6, 16 *e* 25 *ff. de verb. obligat.* (1); nè potea la condizione de'fideiussori rendersi più dura di quella dell'obbligo principale *nec in quantitate, nec in tempore*, comunque potessero i fideiussori obbligarsi *in leviorem causam. LL.* 8 *ff. de fideiuss.; Institut.*, §. 5, *eodem.*

Anticamente quando vi erano più fideiussori di uno stesso debito, tutti erano tenuti in *solidum*, ed a'tempi di Severo e di Antonino il creditore potea farsi pagare da'fideiussori senza molestare l'obbligato principale, come rileviamo dalle leggi 3 *e* 5 *cod. de fideiuss.;* ma l'imperator Adriano accordò il beneficio della divisione a' confideiussori, e Giustiniano quello dell'ordine e della escussione, come risulta dal paragrafo 4 delle Istituzioni *de fideiuss.*, e dalla novella 4, *cap.* 1. In forza del beneficio della divisione il fideiussore convenuto *in solidum* potea opporre che l'azione si dividesse tra' confideiussori, e se avesse pagato al creditore la porzione del confideiussore, potea pretendere la cessione delle ragioni, detta *beneficio cedendarum actionum. LL.* 26 *e* 39 *ff. de fideiuss.*

In forza poi del beneficio *ordinis*, il fideiussore non potea essere molestato se non dopo escusso il debitor principale.

---

(1) Vedi il titolo 14, *lib* 3, §. 1, delle Istituzioni; non che le leggi 6, 16 *e* 25 *ff. de fideius. et mandat.*; *e* 6 *ff. de verbor. obligat.*

Ma siccome il beneficio della divisione svaniva, se i confideiussori *tempore litis contestatae non sint solvendo*, o nel caso che avessero al beneficio rinunziato; *ll.* 10 *cod. de fideiuss.*, *e penult. cod. de pactis*; così, anche il beneficio dell'ordine svaniva, se il reo principale fosse notoriamente insolvibile, se il debitore fosse assente, e se in fine si fosse al beneficio di ordine rinunziato. Vedi la novella 4, *cap.* 1; l'autentica *Praesente cod. de fideiuss.*; *e l. penult. cod. de pactis.*

In fine, osserviamo che non poteasi prestare fideiussione dal figlio di famiglia ne'contratti di mutuo, perchè egli avrebbe potuto rendere vana la sua obbligazione con l'eccezione del senatus-consulto macedoniano; *ll.* 5 *ff. de fideiussor. et mandat.*; 7 *e* 8 *ff. qui statisd. cogan.*; *e* 7 *ff. ad SC. Macedonian.*; nè dalle donne, di cui le fideiussioni in favore de' loro mariti erano nulle *ipso iure*, giusta il senatus-consulto di Augusto e di Claudio; *l.* 2 *ff. ad SC. Vellei.*, e la novella 134 di Giustiniano; ed in favore degli estranei potevano rendersi vane per l'eccezione del velleiano, giusta il senatus-consulto pubblicato sotto il consolato di Marco Silano e Veleio Tutore; *l.* 1 *ff. ad SC. Vellei.*; nè da' soldati per gli affitti delle case altrui; *l.* 8 *ff. qui satisdat. cog.*; nè in fine dagli infanti, da' furiosi, da' mentecatti; *ll.* 70 *ff. de fideiuss. et mandat.*; *e* 40 *ff. de reg. iuris.* Comunque poi la fideiussione potesse prestarsi per qualsivoglia specie di contratti, pur tuttavolta essa era invalida, quando avea per oggetto la conservazione e la restituzione delle doti, e ciò per la speciosa ragione addottaci da Giustiniano, *si enim credendam mulier sese suamque dotem patrem mariti existimavit quare fideiussor vel alius intercessor exigitur aut causa perfidiae in connubio eorum generetur.* Vedi l'in-

tero titolo del codice, *fideiussores nec mandatores dotium dantur.*

Definizione, natura ed estensione delle fideiussioni per dritto francese e vigente.

§. 158. La fideiussione in forza delle nuove leggi può definirsi per *un contratto di beneficenza, col quale taluno si sottopone ad eseguire un' obbligazione che altri ha contratto, quante volte la persona obbligata non la eseguisse; art.* 1883 (-2011-).

Questa definizione non solo è precisa, esatta e completa, ma è ancora feconda, poichè, come ha giustamente osservato il tribuno Lahary, *esposizione de' motivi*, *n.* 96, essa tien luogo di principio, e tutte le regole stabilite su questa materia ne derivano come tante necessarie conseguenze. In fatti, risulta dalla definizione della fideiussione

1. Che non può esistere la fideiussione, quando l' obbligazione fosse assolutamente nulla, perchè, essendo essa una obbligazione accessoria, non può avere nè un' essenza, nè una estensione, nè una durata diversa (1).

---

(1) L' obbligazione assolutamente nulla non è suscettibile di una fideiussione valida, perchè in tal caso manca del tutto il debito, tanto se la nullità nasca per cagion della persona, quanto della causa, come nell'esempio rapportato colla legge 70 *ff. de fideiussorib.* Quando poi l' atto è rescindibile, la fideiussione sarà invalida solamente quando la rescissione fonda sulla qualità della cosa, come avviene nel caso di errore, dolo, violenza ec., non mai quando la rescissione fonda sulla qualità della persona, perchè s' intende che, a togliere appunto un tal ostacolo che presentava l'obbligazione principale, si è richiesta la fideiussione, come nel caso della minor età. Vedi i discorsi del consigliere Trehillard e del tribuno Chabot, *esposizione de' motivi*, *n....*

2. Che non può eccedere ciò ch' è dovuto dal debitore, nè essere contratta sotto condizione più grave, essendo un assurdo che l'accessorio fosse più esteso del principale. Chi rende un servizio, chi intende di fare altrui un beneficio, può restringere i limiti della obbligazione a cui si sottopone, e quindi può esser meno onerosa e meno estesa la sua obbligazione di quella del principale; ma sorpassarla non mai, poichè non è nella natura delle contrattazioni sociali, che l'uomo faccia più di quel che deve colui pel quale egli si presta, e facendolo, ei non sarebbe più fideiussore, ma un principale obbligato.

3. Che la fideiussione può farsi senza l' intelligenza del debitore, poichè i servigii, i favori, i beneficii possono rendersi anche non richiesti, ed a favore di persone che non siano presenti.

4. Può anche la fideiussione estendersi al fideiussore del debitor principale, ma in ogni caso la fideiussione debb' essere espressa, non potendosi presumere.

5. In fine, la fideiussione è un obbligo che si trasmette agli eredi, meno che per la parte che riguardar potesse l' arresto personale, qualora il debitore vi si fosse sottoposto.

Questi corollarii meritano poche osservazioni, che fondano sul dritto naturale scolpito ne' nostri cuori, e dal quale derivano come dalla propria sorgente quelle eterne nozioni di giustizia e di equità, che fan la base essenziale di tutte le convenzioni, di tutte le obbligazioni, di tutti i contratti.

Pothier, col suo trattato *delle obbligazioni*, *tom.* 2, *n.* 381 *e* 382, chiama le prime eccezioni *rei cohaerentes*, le seconde *in personam*.

Così, la prima regola è limitata alle sole obbligazioni assolutamente nulle, e delle quali ne abbiamo espressi i caratteri col tomo IV, §. 75 *ad* 81. Ma non sarebbe lo stesso, se si trattasse di una nullità relativa o rispettiva, perchè nel primo caso l'obbligazione accessoria sussiste finchè sussiste l'obbligazione principale, e quindi il fideiussore non può esimersi dall' adempimento degli impegni contratti, finchè il contratto principale non si sarà rescisso per errore, per dolo, per violenza ec. (1).

Qualora poi si trattasse di una nullità rispettiva, la legge considera che il fideiussore ha dovuto prevedere l' avvenimento, ed ha potuto volontariamente esporvisi; che la eccezione, essendo puramente personale, non può servire che al debitore principale senza mai giovare al fideiussore; che, in fine, è precisamente per garentire un' obbligazione annullabile col mezzo di una eccezione meramente personale che la fideiussione si è richiesta.

Sulla seconda regola osserviamo che la fideiussione non può essere contratta sotto condizioni più onerose di quelle del debitore principale, nè per la quantità, nè pe' termini, nè per le condizioni, nè pel luogo. Ma s' essa è stata in tal modo contratta, non è che riducibile alla misura della obbligazione principale, essendosi dalle nuove leggi adottata l' opinione di Cuiacio nelle sue feconde note alle Istituzioni di Giustiniano, §. 5, *de fideiussoribus* (2); art. 1885 (-2013-).

---

(1) Può però il fideiussore opporre l' eccezione del dolo, dell' errore e della violenza ec., egualmente che quella del giuramento decisorio, perchè queste sono tutte eccezioni inerenti ed espresse al debito, e non personali al debitore, come si esprime la legge 19 *ff. de exception.* Vedi Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *n.* 382.

(2) Sembra che i giureconsulti romani abbian opinato

Può però prestarsi per una parte solamente del debito ed a condizioni meno onerose, ma se nulla siasi spiegato su di ciò, il fideiussore è tenuto *in omnem causam*, cioè al capitale, agli interessi ed anche alle spese della prima dimanda, non che a quelle fatte posteriormente alla denunzia del fideiussore, ma non mai agli obblighi estranei al contratto e nascenti da causa diversa, nè alle spese che il creditore avrebbe potuto fare senza sentirlo, perchè, come osservano Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *n.* 404, e Dufour sull'articolo 2016 del codice francese, egli potea bene evitarle pagandolo.

Sulla terza regola osserviamo che per nuova legge il fideiussore, essendo di dritto surrogato alle ragioni del creditore da lui soddisfatto, non deesi ricorrere nè al consenso espresso, nè al consenso tacito del debitore per rendere valida la fideiussione data alla sua insaputa e senza suo ordine. Le sottigliezze del dritto romano, che riconoscevano nella fideiussione fatta in presenza del debitore un mandato ed in quella data alla sua insaputa un contratto *negotiorum gestorum*, sono state dalla nuova legge rimosse. *L.* 60 *ff. de regulis iuris*, e Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *n.* 366.

In fine, sulla quarta e quinta regola osserviamo che la fideiussione, dovendo essere espressa,

---

che l' obbligazione del fideiussore fosse assolutamente nulla, quando egli si fosse obbligato più del debitore. *Placuit eos omnino non obbligari*, son parole della legge 8 *ff. de fideius.*, §. 7, comunque Oloandro colla sua edizione leggesse *non omnino* contro l' autorità degli interpetri greci e degli antichi esemplari. In fatti, come osserva Connano, *commentar. iur.*, *n.* 68, i romani credevano che una fideiussione, la quale contenesse più dell' obbligazione principale, dovea considerarsi nulla perchè peccava nella sua essenza.

ove l'obbligazione principale eccedesse i ducati cinquanta, non può altrimenti provarsi che per mezzo di scrittura, meno che non vi fosse un principio di pruova per iscritto, e che tutte le obbligazioni del fideiussore passano agli eredi, tranne quella dell'arresto personale, a cui il fideiussore si fosse sottoposto, essendo questa un'obbligazione meramente personale, *quae personae coheret, et ad heredes non transit*, come si esprime il giureconsulto Paolo colla legge 7 *ff. de except.*, e come abbiamo osservato col tomo IV, §. 24 *a* 26.

Era quistione presso i romani, se, divenuto decotto il fideiussore, il debitore dovesse prestarne un altro, e la maggior parte degli interpetri sostenevano la negativa, invocando le leggi 10 *ff. qui sastid. cog.*, *e* 3 *ff. ut in possesione legata;* ma le nuove leggi, seguendo i principii di giustizia e di ragione che debbono esclusivamente dar vita alle contrattazioni sociali, stabiliscono il contrario, poichè colui, il quale ha contrattato col debitore sotto la garentia della fideiussione, ha dritto a risolvere il contratto se la sicurtà viene a mancare; dritto che cessa ragionevolmente in lui, quando egli avesse scelta la persona del fideiussore, nel qual caso è giusto che la insolvibilità cada a suo peso; art. 1892 (-2020-). Vedi il discorso del tribuno Lahary, *esposizione de' motivi*, *n.* 96, e Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *n.* 393.

Le nuove leggi poi esigono per condizione essenziale alla validità della fideiussione 1. la capacità di contrarre; 2. la sufficienza di beni per cautelare l'oggetto dell'obbligazione, e che deve perciò consistere in un patrimonio immobiliare di una solvibilità costante e non fondata su beni litigiosi; 3. finalmente, la facilità di poterlo convenire in giudizio, per cui è necessario che il fideiussore

abbia il domicilio nella giurisdizione della gran Corte civile, in cui la fideiussione dee prestarsi; art. 1890 e 1891 (-2018 *e* 2019-).

Nelle sole materie commerciali, o quando trattasi di debiti di tenuissimo valore, i beni mobiliari ed il credito personale saranno sufficienti a rendere valida la fideiussione; articoli *sopra citati* (1).

---

(1) Comunque gli autori del commentario sulle nostre leggi civili, *tom.* 6, *pag.* 31, sostenessero che la disposizione degli articoli 1890 e 1891 non sia applicabile che alle sole fideiussioni legali e giudiziarie, noi crediamo ch' essa sia applicabile anche alle fideiussioni convenzionali, quando cioè taluno ha convenuto di dare una cauzione, senza esprimere la persona del cauzionante o del fideiussore. In fatti, Trehillard, *esposizione de' motivi*, *n.* 92 *tom.* 7, *pag.*86, dice: « L' oggetto della fideiussione è di assicurare la esecuzione di una obbligazione; è necessario dunque che colui il quale si presenta per fideiussore sia capace di contrarre, che abbia de'beni la di cui escussione non sia troppo penosa.

« A che servirebbe l'obbligazione di un uomo il quale non potrebbe contrarre? Qual frutto si ricaverebbe da un fideiussore, che cercar converrebbe e discutere in distanze infinite? La facilità di convenire un debitore fa parte della sua solvibilità, ed una discussione, che seguir converrebbe da lontano, sarebbe quasi sempre più ruinosa che utile.....

« La cauzione dev'essere solvibile, non di una solvibilità fuggitiva, come sarebbe quella di un patrimonio consistente in mobili; non di una solvibilità incerta, come quella fondata su di beni litigiosi, ma di una solvibilità costante ed assicurata da proprietà fondiaria e libera. »

Nè osta l' autorità di Domat, *lib.* 3, *tit.* 4, *sez.* 1, §. 18, poichè ivi Domat prevede il caso di colui il quale abbia accettata una cauzione divenuta poscia insolvibile, e decide che non debbasene dare un' altra sull' autorità delle leggi 4 *ff. ut in possessione legata*, e 1 *ff. qui satisd. cog.*; ma ciò non ha che fare colla quistione che ci occupa, poi-

CAPITOLO II.

Degli effetti della fideiussione.

SEZIONE I.

Dell' effetto della fideiussione tra'l creditore ed il fideiussore.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 159. L'antico dritto romano obbligava il fideiussore ad adempire alle obbligazioni del debitore, dietro la semplice scadenza del termine, ed allorchè vi erano più fideiussori, ciascuno era tenuto per l'intero debito, considerandosi l'obbligazione come individua; *ll.* 68 *ff. de fideiuss. et mandat.*; 3 *e* 5 *cod. eod.*; *Instit.*, §. 4, *de*

---

chè noi stiamo trattando della validità della fideiussione data in origine, non dell'insolvibilità sopravvenuta dopo accettata dal creditore.

I chiarissimi Berroyer e Chevalier colle note a Domat insegnano che la distinzione riconosciuta da' dotti autori del commentario sulle nostre leggi civili era ammessa dall'antica giurisprudenza francese, ma dall' esposizione che fa il consigliere di Stato Trebillard, e dal vedere sostituiti al capitolo 1 gli articoli 1890 e 1892, noi rileviamo giustamente che la disposizione cennata sia applicabile tanto alle fideiussioni convenzionali, quanto alle legali e giudiziarie, e che in conseguenza sì nelle une, che nelle altre il debitore obbligato a dar fideiussione debba presentare persona che abbia i seguenti requisiti, cioè 1. che possegga beni sufficienti per cautelare l'oggetto dell' obbligazione; 2. che questi beni siano stabili, eccetto nelle materie di commercio, o quando trattasi di debiti di tenuissimo valore; 3. che, finalmente, abbia il suo domicilio nella giurisdizione della gran Corte civile in cui dee prestarsi la sicurtà.

fideiussorib.; ma Giustiniano accordò a' fideiussori il beneficio d'ordine e di escussione; *nov.* 4, *cap.* 1.; e quindi Adriano accordò con sua lettera il beneficio della divisione, che fu poi confermata da Antonino Pio, *ll.* 26, 27 *e* 42 *ff. de fideiussor. et mandator.*, come abbiamo osservato col §. 157.

È intanto d'avvertirsi che l'eccezione dell'escussione, come dilatoria, dovea proporsi *in limine iudicii*, *l.* 13 *cod. de probat.*; che, per l'opposto, il beneficio d'ordine, come perentorio, poteasi opporre in ogni stato di causa, ancorchè i fideiussori si fossero obbligati in diverso modo, sotto diverse condizioni e per diversi tempi, *ll.* 27 *e* 48 *ff. de fideiussor. et mandator.*; che, in fine, quando il creditore avesse divisa da sè la sua azione tra più fideiussori, non potea più recedere per qualsivoglia motivo. *L.* 16 *cod. de fideiussor. et mandator.*

Dell'effetto della fideiussione tra 'l creditore ed il fideiussore per dritto francese e vigente.

§. 160. Fin qui si è riguardata la fideiussione come l'accessorio d'una obbligazione principale, e sotto tale riguardo si è osservato che la sua validità, i suoi limiti, la sua durata, la sua estinzione si regolano co' principii medesimi dell'obbligazione principale.

Nel dover determinare però i suoi effetti, le nuove leggi, senza punto attendere all'obbligazione principale, sottomettono la fideiussione a regole particolari che formano l'oggetto della presente e delle altre due sezioni che seguono.

Così, mentre quando varii debitori d'un obbligazione principale si obbligano per lo stesso debito, non si reputano obbligati *in solidum*, se l'insolidanza non sia stata espressa; l'opposto avviene

nella fideiussione prestata tra più fideiussori d' un debitore comune, perchè, avendo la fideiussione per iscopo di assicurare l' obbligazione principale, essa debbe garentirla per intero, e per tal motivo l' obbligazione de' fideiussori è indivisibile, *individuum contractu*, come dice Molineo, cioè nel voto de' contraenti; art. 1895 (-2023-).

Così, per l'istessa ragione, se il debitore manca di adempiere agli impegni contratti, appena scorso il termine del pagamento, il fideiussore dee pagare in sua vece, poichè per ragion della confidenza che si è avuta in lui, per ragion della fiducia ch'egli ha saputo ispirare, i terzi han contrattato col debitore; art. 1893 (-2021-).

Siccome però questo rigor di dritto potrebbe frangere que'vincoli di dipendenza scambievole che ispira agli uomini una reciproca benevolenza, esponendo il fideiussore ad inquietudini, a dispiaceri, a danni che gli renderebbero ben grave il sacrificio della sua beneficenza, perciò le nuove leggi hanno esse pure adottati i principii della giurisprudenza romana, ammettendo tanto il beneficio dell'escussione introdotto dall' imperatore Giustiniano, quanto quello della divisione introdotto dall' imperator Adriano (1). Il beneficio dell' escussione però è stato circoscritto ne'seguenti limiti: 1. che debba dimandarsi ne'primi atti della causa promossa con-

(1) All' epoca della compilazione de' codici in francia si è molto dibattuto nel tribunato, se dovesse o no ammettersi il beneficio dell' escussione. Goupil-Prefeln, *esposizione de' motivi*, *n.* 94, combattè arditamente il progetto di legge per questa parte, mentre il tribuno Chabot sostenne il contrario avviso. Ma l' opinione di quest'ultimo venne finalmente adottata. Vedi *esposizione de' motivi*, *tomo* 7, *n.* 93 *e* 94.

tro del fideiussore. 2. Che il fideiussore debba indicare al creditore per l'escussione i beni del debitore siti nella giurisdizione della gran Corte civile, che non siano nè litigiosi, nè ipotecati, nè alienati a terze persone. 3. Che debba anticipare le spese occorrenti per l'escussione; art. 1894, 1895 e 1896 (-2022, 2023 e 2024-). 4. Che di tal beneficio non possa godere nè colui il quale vi ha rinunziato, nè colui il quale si è solidamente obbligato al debito (1).

In quanto al beneficio della divisione, le nuove leggi hanno stabilito che non può competere a colui che vi ha rinunziato; che non può invocarsi questo favor di legge se non dopo istituita l'azione

---

(1) La legge coll'articolo 1895 (-2023-) esige che i beni indicati dal fideiussore non debbano essere nè litigiosi, nè alienati dal debitore, comunque ipotecati per cautela del debito; ma non esige che i beni indicati siano esenti da iscrizioni, perchè, comunque un fondo fosse gravato d'ipoteche che apparentemente assorbissero il suo valore, pur tuttavolta all'asta pubblica possono aumentare di prezzo ed offrire al creditore la soddisfazione del credito per cui se gli è data la sicurtà. Vedi Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *n.* 413, e Chabot, *esposizione de' motivi*, *n.* 93.

Il fine della legge, nel permettere al fideiussore il beneficio della preventiva escussione del debitor principale, si è quello di assicurare l'interesse del creditore senza punto nuocere al fideiussore, di cui la confidenza non dev'essere compromessa se non quando il creditore non ha come altrimenti essere soddisfatto. Per tal motivo, se il fideiussore indicasse beni mobili che siano tuttavia in potere del debitore, il creditore non può molestare il fideiussore finchè non l'avrà preventivamente escusso, e per l'istessa ragione se la fideiussione si fosse prestata in favore di più debitori solidali, il fideiussore può ben pretendere che siano tutti escussi pria che il creditore potesse molestarlo. Vedi Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *n.* 412 e 413.

del creditore; che se vi erano precedentemente fideiussori insolvibili, il confideiussore, che avesse ottenuta la divisione, è tenuto proporzionatamente per tale insolvibilità, senza però poter essere ricercato per quelli che fossero divenuti insolvibili dopo la divisione medesima; che, in fine, quando il creditore ha giudicato a proposito di dividere egli stesso la sua azione, tal divisione non può essere più impugnata, e tutte le insolvibilità anteriori dovranno ridondare a suo carico; art. 1898 e 1899 (-2026 e 2027-)(1).

Sezione II.

Degli effetti della fideiussione tra'l debitore ed il fideiussore.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 161. Poichè la fideiussione era un atto di beneficenza, il fideiussore che avea pagato il debito dovea essere indennizzato anche de' danni ed interessi dal debitor principale. Egli però non subentrava di dritto nelle ragioni del creditore, ma potea ottenere da costui la cessione; *ll.* 9 *ff. de solut.*, 13 *e* 21 *cod. de fideiuss. et mandat.*; *e nov.* 4, *cap.* 1 (2); ed ottenutala, ei non poteva esperi-

---

(1) Il beneficio della divisione può chiedersi anche dall' erede del fideiussore, non che dal fideiussore del fideiussore, chiedendo la divisione del debito tra lui ed i confideiussori del debitore, al quale siasi prestata la sicurtà. Vedi Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *n.* 418.

(2) Il Voet, preceduto e susseguito da una lunga schiera di dottori, sostiene che il fideiussore non avea dritto di farsi cedere le ragioni de' creditori, fondando sulle leggi 6, 10, 20 *e* 53 *ff mand. vel contr.*, *18 cod. eod.*, *Instit.*, §. 6,

mentare ragioni diverse da quelle che competevano al creditore cedente pria di farglisi il pagamento; per lo che, se la obbligazione de'debitori non fosse stata in origine solidale, ei non poteva che *pro rata* esigere il debito da ciascuno di essi; *ll.* 68 *ff. de fideiuss. et mandator.*; 99 *ff. de verbor. obligat.*; *e* 17 *ff. ad munic.* Cessava non però il dritto del fideiussore di ripetere il debito, sia quando avesse pagato senza essere stato pulsato dal creditore, sia quando in far il pagamento non ne avesse avvertito il debitore, che per tale mancanza avesse pagato egli pure. *L.* 13 *ff. de fideiussor. et mandator.*, e l'intero titolo del digesto *mandati vel contra.*

Anche prima di avere pagato il fideiussore, poteasi astringere il debitore ad indennizzarlo della cauzione ne' seguenti casi:

1. Quando fosse condannato al pagamento in virtù di una sentenza del magistrato. *LL.* 6 *e* 10 *cod. mandat.*

2. Quando vi era giusto timore che potesse divenire insolvibile. *L.* 38 *ff. eod.*

3. Quando così si fosse convenuto. *L.* 10 *cod. mandat.*

4. Quando scaduto il termine del pagamento

---

de fideiussor., in forza delle quali accordavasi al fideiussore l'azione *mandati* contro del debitore, s'egli era stato presente all'atto della fideiussione, e l'azione *negotiorum gestorum*, se la fideiussione erasi data alla di lui insaputa; ma il testo delle leggi citate nel corpo del paragrafo chiaro dimostra che il fideiussore, oltre delle azioni ordinarie contro del debitor principale, avea anche il beneficio della cessione ne' dritti del creditore, che potea essergli più utile, come osserva Taglioni colle note agli articoli 1101, 1374 *e* 2029 *cod. fran.*

il debitore lo avesse ritardato, comunque fosse stato molestato dal creditore. *L.* 38 *ff. mandat.*

5. Se il debitore non pagasse gli interessi lasciandoli cumulare col capitale. *Extravag. de fideiussor., cap.* 3.

Degli effetti della fideiussione tra 'l debitore ed il fideiussore per dritto francese e vigente.

§. 162. Le nuove leggi non solo accordano al fideiussore un regresso contro del debitor principale per essere indennizzato del capitale, danni, interessi e spese, dopo che ha denunziato la lite promossa contro di sè, ma gli accordano eziandio la surroga legale in tutti i dritti, ragioni, privilegii ed ipoteche che il creditore vantava contro del debitore; art. 1900 e 1901 (-2028 *e* 2029-). Per effetto di tale regresso il debitore indennizzar deve interamente il fideiussore, quando anche la fideiussione si fosse data alla sua insaputa; e questa indennità si ottiene sia pagandosi dal debitore il debito, sia facendo discaricare il fideiussore dal creditore, sia restituendo al fideiussore tutto ciò che ha legittimamente pagato in sua quietanza. Vedi Chabot, *esposizione de' motivi*, *n.* 93.

La surroga però che la legge accorda al fideiussore non può nuocere alle ragioni del debitore; per lo che, se pagasse prima della scadenza dell'obbligazione, esercitar non potrebbe il suo ricorso che all'epoca della scadenza medesima; se pagasse più del debito, ripeter non potrebbe l'eccesso; se pagasse senza passarne avviso al debitore, e costui per tale ignoranza avesse per la seconda volta pagato, non avrebbe azione di restituzione che contro il creditore; se, in fine, pagasse senza essere convenuto e senza avvisarne il debitore, non avrebbe ricorso contro di lui, se questi nel tempo del pa-

gamento avesse mezzi per far dichiarare estinto il debito; art. 1903 (-2031-).

Le nuove leggi uniformemente al dritto francese, guidate dal principio che il fideiussore non può esercitare maggiori dritti di quelli che competevano al creditore, dispongono che se vi siano più debitori principali e solidali di un istesso debito, ed il fideiussore avesse per tutti data sicurtà, possa in forza dell'azione di regresso ripetere contro ciascun di loro il totale di ciò che ha pagato: ma s'egli ha dato sicurtà per un solo, non può rivolgersi che contro del debitore da lui garentito; e se i diversi debitori, per i quali un sol fideiussore avesse data sicurtà comune non si siano obbligati solidalmente, il fideiussore che ha pagato l'intero non può convenirli che ognuno per la sua rata; art. 1902 (-2030-).

In fine, anche le nuove leggi accordano, al fideiussore il dritto di esser indennizzato dal suo debitore, quando anche non avesse pagato il debito, ne' seguenti casi:

1. S'è convenuto in giudizio per lo pagamento, non essendosi obbligato verso il debitore a pagare per lui, nè a soffrire spesa alcuna, nè a provvedere i fondi necessarii per la discussione.

2. Se il debitore è in fallimento, o si trovi nello stato di ruina, che, in termini legali chiamasi *prossima decozione*, poichè il debito in tai casi è divenuto esigibile.

3. Se il debitore si è obbligato di discaricare il fideiussore dopo un tempo stabilito, e questo sia già passato, poichè è una condizione dell'obbligazione contratta dal fideiussore, e questa esser dee eseguita.

4. Se il debito è divenuto esigibile, perchè scaduto, quantunque il creditore non faccia istanze,

poichè il fideiussore ha interesse di prevenirlo, ed il debitore può divenire insolvibile.

5. Dopo dieci anni, quando l' obbligazione principale non scade in un' epoca stabilita, poichè non conviene che il fideiussore resti perpetuamente obbligato.

Nulla di meno, se in quest' ultimo caso l'obbligazione era di tal natura da non poter essere estinta prima di un tempo determinato, non potrebbe il fideiussore, prima di finir questo tempo, benchè fosse lungo, domandare di essere discaricato; mentre ha conosciuto o ha dovuto conoscere la natura dell'obbligazione che garentiva; art. 1904 (-2032-). Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *n.* 444; e Maleville sull' articolo 2032 *cod. franc.*

Sezione III.

Dell' effetto della fideiussione fra' confideiussori.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 163. Per una di quelle sottigliezze tanto frequenti nel romano dritto, il fideiussore che avea pagato il debito non avea regresso contro i suoi confideiussori, se non avea domandata ed ottenuta espressamente la surroga ne' dritti del creditore in forza dell'azione detta *beneficium cedendarum actionum*. Il creditore però era sempre nell' obbligo di surrogarlo nelle sue ragioni, tosto che ne fosse stato richiesto. *LL.* 13, 17, 36 *e* 39 *ff. de fideiussoribus et mandatoribus.*; 2, 11, 14 *e* 21 *cod. eodem.*

Questa disposizione fondava sullo specioso motivo che più individui, rendendosi fideiussori del debitore istesso, non contraevano tra di loro obbli-

gazione alcuna, perchè ognuno di essi si proponeva l'affare del debitore, non quello de' fideiussori, come risulta delle leggi 39 *ff. ed* 11 *cod., de fideiussoribus et mandatoribus.*

Era ancora indispensabile, perchè il fideiussore il quale avea pagato il debito potesse ricorrere contro i suoi confideiussori, che avesse ottenuta la cessione delle ragioni del creditore pria del pagamento, meno che non si fosse convenuto col creditore che la cessione si fosse fatta dopo, come risulta dalle leggi 76 *ff. de solutionibus, e* 36 *ff. de fideiussoribus et mandatoribus.*

Malgrado però il rigore di siffatti principii, i prammatici presumevano che la cessione delle ragioni fosse mai sempre intervenuta, e quindi il fideiussore, che avea pagato tutto il debito, potea sempre esperimentare la sua azione di regresso contro gli altri confideiussori. Vedi Voet, *in pandectas, de fideiussoribus et mandatoribus*, *n.* 29.

Dell' effetto della fideiussione tra' confideiussori per dritto francese e vigente.

§. 164. Le nuove leggi, allontanandosi da'principii del dritto romano, accordano al fideiussore che avrà pagato l'intero debito il regresso contro gli altri mallevadori per la loro rispettiva porzione.

In vero, colui che tra i fideiussori paga il debito, mentre giova a sè stesso ed al debitore, giova egualmente a' suoi correi nella fideiussione, perchè pagando libera gli altri fideiussori non meno che sè stesso d'un debito ch'era comune a tutti, e quindi giustizia vuole che, profittando tutti del pagamento, ciascun di essi ne soffra per la sua porzione.

Il regresso però non ha luogo 1. se il fideiussore ha pagato senza essere stato convenuto giuridicamente dal creditore; 2. se avesse pagato senza

che il debitore fosse in procinto di fallire; 3. se avesse pagato prima di finire il termine nel quale il debitore erasi obbligato di discaricarlo; 4. se avesse pagato prima che scadesse l'obbligazione o prima di finire i dieci anni, quando l'obbligazione non avea termine fisso; 5. se, in fine avesse pagato prima di finire il tempo determinato.

In tutti questi casi il regresso sarebbe ingiusto, perchè il pagamento fatto dal fideiussore sarebbe invalido, o almeno non forzato per parte sua, non essendo l'obbligazione di tal natura da doversi necessariamente estinguere, ed in conseguenza egli solo soffrir dee la pena della sua imprudenza; art. 1905 (-2033-). Vedi ancora le relazioni de' tribuni Chabot, *esposizione de' motivi*, *n.* 93, e Trehillard, *n.* 92.

CAPITOLO III

Della estinzione della fideiussione.

Disposizioni del dritto romano sul proposito e delle eccezioni che per legge competevano a' fideiussori.

§. 165. Per dritto romano la fideiussione si estingueva per le stesse cause comuni a tutti gli altri contratti, com'è da vedersi nelle Istituzioni, *tit. quibus modis tollitur obligatio.*

Quando il debitore diveniva erede del fideiussore, e viceversa, la fideiussione estinguevasi sino alla concorrenza della parte dell'eredità in cui l'uno era succeduto all'altro, rimanendo ferma pel di più. *LL.* 24 *cod. de fideiuss. et mandat;* e 23 *ff. de solut. et liberat.*

Quando il creditore accettava un immobile in *solutum* pel pagamento del suo credito, se questo venisse posteriormente evitto, la fideiussione continuava a sussistere. *LL.* 27 *e* 46 *ff. de solut. et liberat.*

Quando, finalmente, in un' obbligazione a termine, il creditore avesse accordata una dilazione al debitore dopo la scadenza del termine, la fideiussione estinguevasi, ma non così quando si trattasse di un' obbligazione pura e semplice, perchè, anche dopo la dilazione accordata, la fideiussione continuava a sussistere. Vedi Fabro *in cod.*, *de fideiuss.*, *lib.* 8, *tit.* 28.

In quanto poi all' eccezione che il fideiussore potea opporre al creditore, il dritto romano seguiva i principii adottati dalle nuove leggi, che saranno spiegati col paragrafo seguente. *LL. ult. ff. de pactis;* 11 *cod. de excep.;* 7 *e* 19 *ff. eodem;* e l' intero titolo del digesto *de fideiuss.*

In qual modo si estinguono le fideiussioni per dritto francese e vigente, e delle diverse eccezioni che le nuove leggi accordano a' fideiussori.

§. 166. Poichè la fideiussione è un' obbligazione accessoria in sostegno di una obbligazione principale, è evidente che le cause di estinzione di tutte le altre obbligazioni esser denno comuni alla fideiussione; e d' altronde tutti i mezzi che liberano il debitore, debbono liberare del pari il fideiussore, poichè quando l'obbligazione principale più non esiste, non potrebbe sicuramente esistere l' obbligazione accessoria; art. 1906 (-2034-).

Le nuove leggi però, allontanandosi dal disposto delle leggi romane e propriamente dalle leggi 38 *e* 93 *ff. de solution.*, decidono che quando il debitor principale divenga erede del fideiussore, e viceversa, la confusione non debba nuocere all' azione del creditore contro colui che si è reso mallevadore del fideiussore; art. 1907 (-2035-).

Un altro mezzo di estinzione riconoscono le nuove leggi contro il rigore dell' antico dritto ro-

mano, ed è l'estinzione che si opera in favore del fideiussore allorchè non può ottenere la sorroga nelle ragioni, dritti e privilegii del creditore, poichè in questa ipotesi gli mancherebbe il mezzo come esser indennizzato dal debitore, e quindi la fideiussione diventerebbe *un iniquum praesidium* contro colui che ha esercitato un atto di beneficenza; art. 1909 (-2037-) (1).

In fine, quando il creditore ricevesse *in solutum* un fondo dal suo debitore ancorchè il fondo venisse in seguito evitto, la fideiussione si estingue, ma non così per la semplice proroga del termine, essendosi in ciò le nuove leggi allontanate da' principii del dritto romano; art. 1910 e 1911 (-2038 *e* 2039-).

In quanto alle eccezioni che il fideiussore può opporre al creditore, le nuove leggi stabiliscono il principio che i mezzi, che distruggono l'obbligazione principale e che risultano dalla natura istessa del contratto, possono opporsi dal fideiussore, poichè essi distruggono egualmente la fideiussione: ma se sono inerenti alla persona del debitore, il fideiussore nè può opporle, nè può giovarsene. Così, un' azione di rescissione per dolo, errore e violenza può ben intendersi dal fideiussore, perchè questi vizii affettano l' essenza del contratto, ma la restituzione in intero per causa di minor età del debitore non potrebbe dal fideiussore opporsi, perchè meramente personale all'obbligazione; art. 1908 (-2036-).

---

(1) Ciò si verifica quando il creditore o non avesse presa iscrizione, o l'avesse fatta caducare. Vedi Delvincourt, *tom.* 8, *tit.* 8, *pag.* 141, *nota* 55.

CAPITOLO IV.

Della fideiussione legale, e della fideiussione giudiziaria.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 167. Allorchè la legge od il magistrato richiedevano un fideiussore, non solo egli non godeva alcun privilegio, ma non godeva nè anche del beneficio di escussione, come risulta dall'intero titolo del digesto *qui satisdare coguntur*, dalla legge 1 *cod. qui bon. ceder. poss.*, e dall'altra *de mandat. et fideiuss.* Egli inoltre dovea essere capace a potersi arrestare, poichè era questo il mezzo di obbligare chiunque non avea possibilità di pagare. *Legge sopra citata.*

Non pertanto, se taluno avesse garentito solamente la solvibilità del fideiussore, ei godea del beneficio di escussione contro di costui. *LL.* 41 *ff. de fideiussor. et mandat.; e* 116 *ff. de verbor. obligation.*

Della fideiussione legale, e della fideiussione giudiziaria per dritto francese e vigente.

§. 168. Le nuove leggi adottano presso a poco le stesse teorie del dritto romano, poichè i fideiussori legali e giudiziarii, essendo in contatto colla legge e co' suoi ministri, debbono presentare la più forte e la più sicura di tutte le risponsabilità, come si espresse Lahary, *esposizione de' motivi*, *n.* 96. In conseguenza questi fideiussori, oltre alle condizioni stabilite pe'fideiussori convenzionali, debbono essere tali da potersi arrestare, senza poter mai domandare nè il fideiussore l'escussione del de-

bitor principale, nè quella del fideiussore colui che siasi reso suo mallevadore. Chi però non può dare un mallevadore, è ammesso a dare in vece un pegno; art. 1912 a 1915 (-2040 *a* 2043-) (1).

---

(1) La fideiussione legale o giudiziale diversifica dalla fideiussione convenzionale in tre punti :

1. Su ciò che la fideiussione legale o giudiziale è assoggettata per l'accettazione del fideiussore ad una preventiva disamina della solvibilità del fideiussore. La legge richiede che il medesimo abbia il suo domicilio nella giurisdizione della Corte di appello ove pende la controversia, ad effetto di evitare le lentezze ed i giri di una doppia azione, per lo stess' oggetto, in diverse giurisdizioni; che il medesimo possegga proprietà fondiarie, non litigiose, sufficienti a rispondere dell' oggetto della contestazione; che, se il fideiussore accettato diviene insolvibile, il debitore gliene sostituisca un altro; condizioni tutte non esatte dal fideiussore convenzionale, la di cui accettazione dipende unicamente dalla confidenza di quello che l' accetta; art. 2018, 2019 e 2020.

2. In ciò che il fideiussore legale o giudiziale è necessariamente solidario col debitore, solidarietà di consuetudine, non di dritto nella fideiussione convenzionale.

3. In ciò che il fideiussore legale o giudiziale essenzialmente soggetto all' arresto personale non può esser ammesso, se alcune circostanze, come l' età, il sesso od altro di simil natura, l' esentano da tale coazione; che la stipulazione dell' arresto personale del fideiussore convenzionale è autorizzata soltanto in alcuni casi particolari. Vedi Gin, *analisi ragionata del dritto civile francese*, *tom.* 6, *pag.* 228.

La differenza però notata col numero 2 dal Gin, relativa alla fideiussione convenzionale, riguarda quelle convenzioni nelle quali il cauzionante è espresso ed accettato dal creditore, perchè quando il fideiussore promesso col contratto non è indicato, in questa ipotesi, come si disse colla nota 7, la fideiussione che si è convenuta di darsi deve avere tutte le condizioni della fideiussione legale e giudiziaria.

Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente alla fideiussione.

§. 169. Per dritto del regno l' eccezione del senatus-consulto macedoniano fu estesa a tutte le obbligazioni contratte dal figlio di famiglia non in presenza del padre, non emancipato e non faciente economia separata, in forza delle prammatiche 1, 2 e 3 *ad Senatusconsultum Macedonianum*; per lo che la fideiussione de'figli di famiglia, o che riguardasse contratti di mutuo, o pure contratti di qualsivoglia altra natura, potea sempre invalidarsi e rendersi inefficace mediante la eccezione del macedoniano. Vedi de Rosa, *pratica civile*, *cap.* 8; e Maradei, *ad Singul.* 248, *n.* 10.

Era eziandio in vigore nel nostro regno la prammatica 63 *de off. proc. Caes.*, in forza della quale stabilivasi che quando anche il figlio di famiglia, obbligandosi per altri, asserisse di essere *sui iuris* e confermasse col giuramento le sue asserzioni, lo spergiuro non dovesse nuocergli, dovendo i creditori imputare a loro stessi la trascuratezza nell' avere prestato credito a false assertive.

Cessava non per tanto il beneficio della eccezione del macedoniano

1. Quando il figlio di famiglia esercitasse pubblica mercatura od un uffizio pubblico.

2. Se il mutuante fosse minore o puranche figlio di famiglia.

3. Se il danaro si fosse ricevuto per causa di studii o per altra giusta causa, purchè non vi sia eccesso nel prestito.

4. Se il danaro sia ridondato in vantaggio del padre.

5. Se, comunque il debito si fosse stipulato mentre il figlio di famiglia era sotto la patria potestà, il danaro si fosse poi ricevuto dopo divenuto *sui iuris*.

*

6. Se avesse ratificata l' obbligazione contratta dopo sciolto dalla patria potestà.

7. Se il danaro gli fosse stato prestato per comando o volontà del padre.

8. Se in fine, il padre avesse saputo il prestito e non l'avesse contraddetto, nè vi si fosse opposto. Vedi de Rosa e Maradei, *luoghi sopra citati*; non che Aloe in Domat, *tom.* 4, *pag.* 333.

Il senatus-consulto velleiano era anche in vigore nel nostro regno, e dal beneficio di tal senatus-consulto godevano le donne per qualunque specie di contratti, sia che si obbligassero per altri, sia che si obbligassero in favore de' loro mariti. Chè anzi le disposizioni del velleiano per dritto del nostro regno si estendevano anche alle obbligazioni principali delle donne, quando si obbligavano unitamente a'loro mariti, poichè si presumeva sempre che l' interesse e l' utile del contratto fosse stato del solo marito. Vedi Fabro, *cod. lib.* 4, *defin.* 11 *e* 20; e de Rosa, *pratica civile, cap.* 7, *n.* 83.

Cessava poi il beneficio di questa eccezione

1. Quando il creditore, contraendo con la donna, ignorato avesse il fine ed il disegno della di lei intercessione.

2. Quando la donna, mentre figurava di ricevere in sè l' altrui obbligazione, facesse effettivamente il proprio negozio. Vedi *pramm.* 2 *ad SC. Velleianum.*

L' efficacia dell' eccezione del senatus-consulto velleiano non potea nè diminuirsi, nè distruggersi con la rinunzia che la donna avesse fatta a tal beneficio, poichè essa era nulla *ipso iure*, come contraria a'buoni costumi. Vedi la prammatica 2 *sopra enunciata*; ma ciò non pertanto, per rendere valide le fideiussioni delle donne maritate, soleasi impetrare ed ottenere la regia dispensa, la quale accordavasi

per lo più con la clausola salutare: *liceat dummodo non remaneat indotata*. Era però permesso a' tribunali inferiori di conoscere, se mai la regia dispensa si fosse ottenuta con falso esposto, e ad evitare sempre più le frodi aveasi per nulla la fideiussione che facesse la donna, *salvo assensu impetrando*, purchè ottenuta la dispensa non si fosse il contratto ratificato con altra pubblica scrittura. Vedi Maradei sulle prammatiche *ad SC. Vellei.*, e de Franchis, *decis.* 237.

Ove però la donna dopo sciolto il matrimonio si fosse obbligata di soddisfare i creditori del defunto marito, tale obbligazione si riconoscea valida dal S. R. C., e ciò per la ragione che, morto il marito, non potea supporsi di essere stata allettata o forzata a promettere. Vedi de Franchis, *luogo citato*.

LEZIONE UNDECIMA

Del pegno.

Del pegno per dritto romano. Sua definizione, ed in che si distinguea dall' anticresi e dall' ipoteca.

§. 170. Fra' contratti accessorii merita il secondo luogo il pegno, il quale si può ben considerare come una fideiussione reale.

Consultando l'istoria, sarà facile di convincerci che il pegno non era conosciuto dagli antichi romani, poichè il creditore, il quale avea fatto un prestito, contentavasi di notare nelle sue carte domestiche il nome del debitore e l' ammontare del debito. Tanta era la fiducia che inspirava la purità de' costumi di que' tempi eroici!

S'immaginò in seguito il prestito garentito da pegno, ed allora la cosa offerta per sicurezza del credito, o che fosse mobile od immobile, passava

sempre nel possesso del creditore; per lo che, colla legge 9 *ff. de pignor. act.*, il giureconsulto Ulpiano si esprime così: *Pignus dicitur, cum res transit ad creditorem; hypotheca vero, cum non transit, nec possessio ad creditorem.*

Tale specie di pegno dicevasi *semplice*, nè il creditore potea fare alcun uso della cosa datagli per sicurezza del credito; ma ove gli si dava una cosa frugifera per compensarsi co' frutti degli interessi del credito, in tal caso prendeva il nome di *anticresi. LL.* 11 *e* 39 *ff. de pignor.*

Finalmente, corrotti i costumi e riconosciutasi pregiudizievole al debitore la tradizione del pegno nelle mani del creditore, s' improntò da' greci il nome e l' uso dell' ipoteca, contratto in forza del quale il creditore esperimentava l'azione reale sull' immobile del suo debitore senza però averne il possesso; ma anche l'ipoteca era una specie di pegno, perchè, se non per lo possesso, almeno per effetto della convenzione, il creditore avea l' azione reale tanto contro del debitore, quanto contro del terzo possessore. Ecco perchè noi troviamo trattata la materia dell' ipoteca sotto l' istesso titolo de' pegni, *de pignoribus et hypothecis* nel codice e nel digesto; ed ecco perchè Marciano colla legge 5 *ff. de pignor. et hypot.* disse: *inter pignus, et hypothecam tantum nominis sonus differt*, perchè in quanto agli effetti del dritto non vi ha differenza alcuna tra l' uno e l' altro.

Il pegno dunque per dritto romano esprimeva quell' atto, in forza del quale una cosa mobile od immobile del debitore passava nel possesso del creditore; *l'anticresi* impiegavasi per esprimere quella specie di pegno che operavasi con la tradizione di un immobile frugifero compensativo degl' interessi del credito; finalmente l' *ipoteca* impiegavasi ad

esprimere una specie di pegno convenzionale, poiche se in forza dell'ipoteca il creditore non conseguiva il possesso de' beni del suo debitore, esercitava per effetto della convenzione un dritto reale su i beni medesimi, e potea farli vendere per essere soddisfatto del suo credito.

Risulta dalla definizione che abbiamo dato al contratto di pegno, che per l' essenza di un tal contratto richiedevansi tre condizioni copulative; 1. che vi fosse una cosa che formasse l'oggetto del contratto; 2. che intervenisse una tradizione reale della cosa medesima al creditore; 3. che gli fosse data ad oggetto di ritenerla per sicurezza del suo credito; *ll.* 238 *ff. de verbor. signific.*, *ed* 11 *ff. de pignor act.*; per la qual cosa, i crediti non poteano darsi in pegno, perchè non suscettibili di tradizione reale. *L.* 43 *ff. de adquir. rer. domin.*

Costantino, colla legge *ult. cod. di pignorat. act.*, rimosse da' contratti di pegno la legge *commissoria*, ad oggetto d' impedire le frodi de' creditori, ma quando si fosse convenuto, che scorso un determinato tempo senza restituirsi il prestito, il creditore avesse potuto vendere il pegno a giusta stima per rivalersene rispettivamente del maggiore o minor prezzo sulla somma dovuta, questo patto dovea riputarsi valido, come rileviamo dalla legge 16 *ff. de pignor. et hypoth.* (1).

---

(1) La distinzione tra pegno ed ipoteca per dritto romano non si può meglio esprimere di quel che fece Giustiniano colle sue istituzioni. *Nam pignoris appellatione eam proprie non contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilissit. At eam quae sine traditione, nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.*

La distinzione poi tra pegno ed anticresi viene notata

§. 171. Per disposizione delle nuove leggi possiamo definire il pegno per *un contratto, in forza del quale il debitore, o altri per lui, consegna una qualche cosa al suo creditore per sicurezza del credito;* ma la voce *pegno* s' impiega propriamente per esprimere la consegna di una cosa mobile, perchè, quando siasi data al creditore una cosa immobile, il contratto prende il nome di *anticresi*; art. 1941 e 1942 (-2071 *e* 2072-) (1).

Risulta da questa definizione, che l'anticresi è all' immobile ciò che il pegno è al mobile; ma ció non pertanto tra il pegno e l' anticresi è a notarsi la seguente differenza, cioè, che il creditore pignoratizio impossessato del pegno è preferito a tutti gli altri creditori, anche più antichi di lui, perchè i mobili non hanno seguela d' ipoteca, mentre, per l' opposto, nell' anticresi il creditore detentore del fondo non acquista sul medesimo preminenza alcuna in faccia agli altri creditori del suo debitore, i quali in caso di espropria saranno pagati come lui in ragione del grado che a ciascuno attribuisce o la qualità del privilegio, o l' anteriorità dell' ipoteca. Vedi Berlier, *esposizione de' motivi*, *n.* 103.

---

dalla legge 11 *ff. de pignor.*, §. 1, espressa co'seguenti termini: *Si antichresis, id est mutuus pignoris usus pro credito, facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur; cum in usuras fructus percipiat aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque: itaque, si amiserit possessionem, solet in factuum actione uti.*

(1) I francesi si servono delle espressioni *gage* o *nantissement* per indicare il pegno, e delle espressioni *angagement* o *anticrèse* per indicare il pegno sugl' immobili o l' anticresi.

L' ipoteca poi, non accordando al creditore ipotecario alcun dritto di possesso su' beni del debitore, continua ad essere come lo era per legge romana un semplice dritto reale costituito sopra gli immobili, ma tal' è la sua forza, tale la sua efficacia, che il creditore anticretico deve cederle il posto, poichè il titolo del possesso ceder deve alla convenzione dell' ipoteca tra gli opposti interessi de' creditori, e se il creditore anticretico non ha privilegio od ipoteca sull' immobile che possiede, dovrà pazientemente tollerare che sia venduto per ripartirsi il prezzo tra' creditori privilegiati ed ipotecarii, escluso lui, checchè abbia insegnato in contrario Guichard, *jurisprudence hypotecaire*, articolo *antichres*; art. 1961 e 2000 (-2091 *e* 2114-) (1).

---

(1) È un principio consagrato dalle legislazioni di tutti i popoli inciviliti *che chi si obbliga, obbliga i suoi beni*. Presso i popoli barbari e nell' infanzia delle nazioni, i creditori ridur potevano in ischiavitù i loro debitori, caricarli di catene e spogliarli anche della vita, di che l' istoria di Roma ci offre tristissimi esempii fino al governo de' Cesari; ma nello stato sociale l'uomo dirozzato ed ingentilito sotto l'influsso della ragione ha conosciuto che la sua vita e la sua libertà sono doni troppo preziosi e troppo sacri per non doverli impunemente esporre al capriccio de' creditori, e che i beni, come un accessorio annesso alla persona obbligata, sono esclusivamente destinati all' adempimento delle sue obbligazioni personali.

In forza di questo principio l' arresto personale non è permesso se non in casi gravi, quando all'interesse particolare del creditore si troverà unita una considerazione a sufficienza potente d'interesse pubblico; mentre, per l'opposto, i beni del debitore costituiscono un pegno legale in favore del creditore, ma questo pegno legale non sussiste se non fino a quando il debitore continua ed esserne il proprietario. Quindi, se egli avesse contratto un pegno convenzionale mo-

Degli effetti del pegno per dritto romano, non che de' dritti e degli obblighi rispettivi del creditore e del debitore nel contratto di pegno.

§. 172. Dal contratto di pegno per dritto romano nascevano due azioni, *la pignoratizia diretta e la pignoratizia contraria*, come risulta dall'intero titolo del digesto *de pignoratizia actione*. Il creditore, cui erasi data una qualche cosa in pegno, aveva dritto 1. di ritenerla presso di sè per sicurezza del credito, senza potersene servire e senza poter convertire in suo profitto i frutti, se la cosa fosse fruttifera; 2. di farla vendere giuridicamente scorso il termine convenuto per la restituzione del pre-

---

biliare, il pegno legale svanisce, sì perchè per i mobili il possesso vale per titolo, sì perchè non vi ha seguela d' ipoteca ne' mobili, ed inconseguenza il creditor pignoratizio conserva un privilegio sul pegno finchè la cosa mobile trovasi in suo potere; ma nel pegno immobiliare o sia nell'anticresi non avviene altrettanto, perchè, continuando la proprietà dell'immobile ad appartenere tuttavia al debitore, può questi imporvi un dritto reale mediante la costituzione dell'ipoteca, e quindi il creditore ipotecario, avendo in suo favore un doppio dritto principale contro la persona e la cosa, dev' essere necessariamente preferito tanto al creditor chirografario, che ha per sè un solo dritto sulla persona, quanto al creditore anticretico, il quale ha un semplice dritto di possesso, ma niun dritto reale sull' immobile, di cui gli si è concesso temporaneamente il godimento.

Ecco come i progressi della civilizzazione fecero sorgere l' ipoteca come un mezzo atto a garentire il creditore senza privare il debitore del possesso de' suoi beni! Ecco come sotto il benefico influsso della ragione sociale il pegno convenzionale, mobiliare, vince il pegno legale, e per l' opposto l' ipoteca considerandosi come un' alienazione del patrimonio del debitore vince tanto il pegno legale, quanto il pegno convenzionale costituito coll'anticresi sull'immobile! V. Pothier *in pandectas Iustinianeas, tom.* 1, *p.* 571, *n.* 23; *e tom.* 3, *p.* 185, *n.* 28.

stito ad oggetto di essere pagato sul prezzo; 3. di essere preferito sul prezzo a tutti gli altri creditori del debitore. Vedi l'intero titolo del digesto *de pignoratitia actione*.

Per l'opposto, il creditore aveva l'obbligo 1. di restituire la cosa datagli in pegno dopo pagato interamente il debito; 2. di usare di tutta la diligenza di un padre di famiglia per la conservazione della cosa; 3. finalmente, di render conto di tutt'i frutti, che ne avesse percepito e di tutto ciò che fosse pervenuto dalla cosa data in pegno, dritti ed obblighi tutti a' quali il creditore era astretto, e poteva sperimentare coll'azione pignoratizia diretta, la quale non era soggetta a prescrizione, come rileviamo dagli interi titoli del codice e del digesto *de pignoratitia actione*.

Il debitore poi, che avea dato qualche cosa in pegno, contraeva l'obbligo 1. di dargli una cosa di sua proprietà, od anche aliena ma col consenso del proprietario; 2. di dargli una cosa che avesse un valore almeno eguale al prestito, disingannando il creditore nel caso che ignorasse i vizii della cosa data in pegno; 3. di rimborsarlo di tutte le spese necessarie fatte per la conservazione della cosa; *ll.* 1, 8, 16, 25, 32 *e* 36 *ff. de pignorat. act.*; obblighi tutti, a' quali poteva esser astretto coll'azione pignoratizia contraria.

In fine, il pegno era indivisibile, come rileviamo dalla legge 11 *ff. de pignor. act.*; per lo che i dritti e gli obblighi rispettivi del creditore e del debitore sussistevano in tutta la loro integrità fino a che non si fosse pagata l'intera somma dovuta, o non si fosse restituita l'intera cosa data in pegno (1).

---

(1) Su i diversi casi relativi agli obblighi del credito-

§. 173. Le nuove leggi hanno adottato le disposizioni del dritto romano; per lo che tanto il dritto francese, quanto il dritto vigente accordano al creditore 1. il dritto di essere pagato sul valore del pegno in preferenza di tutti gli altri creditori con privilegio; art. 1943 (-2073-). 2. Il dritto di ritenere la cosa data in pegno fino all' intero rimborso del capitale, degli interessi e delle spese; art. 1949 (-2079-) (1).

---

re, nelle di cui mani fosse stata o rubata o perita la cosa data in pegno, vedi Pothier, trattato *del pegno*, vol. 41, *n.* 42 *a* 61.

(1) Il dritto di ritenzione non compete solamente al creditore pignorista, ma compete eziandio 1. al depositario, finchè non viene rimborsato di tutte le spese da lui fatte per causa del deposito, quando abbiano per oggetto la conservazione della cosa depositata; art. 1819 (-1947-). 2. Agli artefici che hanno resa migliore una cosa per mezzo della loro opera; art. 495 *e* 1952 (-570 *e* 2082-). 3. Al compratore con patto di ricompra per le spese di miglioramento da lui fatte in buona fede, e per lo rimborso del prezzo della vendita e delle spese leggittime del contratto; art. 1519 *e* 2069 (-2175-) 4. Al colono, cui è dovuta una indennità per lo scioglimento del contratto di fitto finchè non ne venga soddisfatto; art. 1595 (-1749-).

Queste disposizioni sono uniformi al dritto romano, come risulta dalle leggi 4 *ff. quibus causis pignora vel hypothecae tacite contrahuntur*; dagl' interi titoli del codice e del digesto *depositi*; dalle leggi riportate sotto il titolo del digesto *locati conducti*; 21 *e* 68 *ff. ad SC. Trebellianum*; 60 *ff. de legibus*; e 40 *ff. de condictione indebiti*. Vedi ancora Voet *in pandectas*, titolo *locati conducti*, *n.* 40; Vinnio, *quistioni scelte*, *lib.* 1, *cap.* 5; e Fabro trattato *de erroribus pragmaticarum*, *decade* 55.

È d' avvertirsi però che il dritto di ritenzione può so-

Perchè potesse esperimentarsi il privilegio che compete al creditore nel contratto di pegno, è necessario che il contratto risultasse da un atto pubblico o da una scrittura privata di data certa, quando il prestito ecceda il valore di 150 franchi per dritto francese, e di ducati cinquanta per dritto vigente; ed è necessario altresì, che il titolo contenesse non solo la dichiarazione della somma dovuta, ma eziandio la specie e la natura delle cose date in pegno, o vi sia annesso uno stato della loro qualità, peso e misura; art. 1944 (- 2074 -).

Per disposizione delle nuove leggi i crediti possono anche formare oggetto del contratto di pegno; ma perchè il creditore potesse esperimentare il dritto di essere pagato con privilegio sul valore del pegno in preferenza degli altri creditori, è necessario ch' esistesse un atto registrato non solo, ma notificato inoltre al debitore del credito dato in pegno, e che il titolo del credito fosse stato rimesso nelle mani del creditore; art. 1945 (- 2075 -); perchè in questa ipotesi solamente si opera un sequestro presso il debitore, il quale non può pagare ad altri, fuorchè al creditore che l' ha ricevuto in pegno, non potendo altrimenti essere valida la liberazione del debito; art. 1535 e 1946 (-1689 *e* 2076-). Vedi inoltre Delvincourt, *tom.* 9, *lib.* 4, *tit.* 14, *pag.* 205, *nota* 25.

---

lamente esser opposto al debitore, ma nulla impedisce ai creditori privilegiati di sequestrare la cosa nelle mani di colui ch' esercita il dritto di ritenzione, e di farsi pagare sul prezzo della medesima con privilegio, se la causa di questo privilegio è preferibile a quella del creditore che ritiene la cosa. Vedi Tarrible riportato da Merlin alla parola *privilège*; checchè abbia opinato in contrario Grenier, trattato *delle ipoteche*, *tom.* 2, *n.* 298.

In quanto poi all'esperimento del dritto di ritenzione che la legge accorda al creditore, uopo è avvertire, ch' egli è un semplice possessore, un semplice depositario della cosa datagli in pegno, ma la proprietà rimane sempre presso del debitore; per lo che egli non può mai disporre del pegno, ma solo può domandare o che sia giudizialmente venduto all' incanto, o che gli rimanga in luogo di pagamento fino alla concorrenza del debito in capitale, interessi e spese, a norma della stima che sarà fatta per mezzo de' periti, dichiarandosi nullo ogni patto in contrario; art. 1948 (- 2078 -). Un tal dritto di ritenzione però perdura in lui non solo sino all'intero rimborso del credito, per cui la cosa fu data in pegno, ma eziandio quando il debitore avesse contratto un altro debito posteriormente alla tradizione del pegno, e fosse divenuto esigibile prima del pagamento del primo debito, quando anche non siasi fatta alcuna stipulazione di pegno, perchè si suppone che il creditore per la sicurezza di cui godeva ha fatto il secondo prestito, e quindi non può essere costretto a rilasciare il pegno pria che venisse interamente soddisfatto per ambi i crediti; art. 1592(- 2082 -).

In fine, le nuove leggi anche dichiarano il pegno indivisibile; per lo che tanto in morte del creditore, quanto del debitore, i dritti e gli obblighi degli eredi sussistono nella loro integrità per ciascuna parte del credito e per ciascuna quota della cosa data in pegno; art. 1953 (- 2083 -).

Gli obblighi poi del creditore che ha ricevuto la cosa in pegno, sono

1. Di conservare il pegno, essendo risponsabile della perdita e del deterioramento avvenuto per sua negligenza; art. 1950 (- 2080 -).

2. Di non poter abusare del pegno, se siasi

convenuto di potersene servire, e di non poterne usare affatto se non vi è stipulazione in contrario; giacchè, come abbiamo osservato, il creditore non è altrimenti autorizzato a detenere il pegno se non che colla qualità di depositario; art. 1951 (-2081-).

3. Di render conto al debitore de' frutti prodotti dalla cosa data in pegno, per cui se trattasi di un animale, il frutto appartiene al debitore, ma il creditore può ritenerlo per la sicurezza del suo credito; se poi trattasi di un credito producente interessi, il creditore non potrebbe altrimenti riceverli se non imputandoli sugli interessi del debito se siano stati convenuti, o pure sul capitale; art. 1951 (-2081-).

4. Finalmente, di restituire la cosa data in pegno dopo l'intero rimborso del capitale, interessi e spese, senza poter mai allegare prescrizione contro del debitore, come ha sanzionato la Corte di cassazione con decisione del 27 Maggio 1812 riportata in Sirey, *parte* 1, *pag.* 85; art. 1952 (-2082-).

Gli obblighi del creditore da noi sopra espressi costituiscono altrettanti dritti pel debitore che ha dato la cosa in pegno, ma questi è tenuto

1. Ad indennizzare il creditore di tutte le spese necessarie ed utili fatte per la conservazione del pegno fino alla concorrenza però della plusvalenza della cosa istessa; art. 1950 (-2080-).

2. D'indennizzarlo di tutti i danni che la cosa data in pegno ha potuto cagionargli negli altri suoi beni, sia che il debitore abbia avuto o no conoscenza de'vizii della cosa, per argomento tratto dall'articolo 1567 (-1721-) (1).

In fine, è d'avvertirsi che le regole da noi e-

(1) Vedi Delvincourt, tom. 9, *nota* 15 e 31.

sposte relative a'dritti ed agli obblighi del creditore e del debitore non sono applicabili nè alle materie commerciali, nè a' luoghi autorizzati a far prestiti sopra pegni, rispetto a' quali si osservano le leggi ed i regolamenti particolari; art. 1954 (-2084-).

Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente al pegno.

§. 174. Riguardo al pegno seguivansi i principii del dritto romano: se non che per giurisprudenza del nostro regno non poteasi costituire ipoteca su i mobili.

La consuetudine poi *Si quis*, contenuta sotto il titolo *de pign. et hypothecis*, disponea che volendosi dal debitore ripigliare il pegno pagando al creditore la somma che ne avea ricevuta, dovesse starsi al giuramento del creditore circa il valore del pegno, quante volte non esistesse scrittura; e l'altra consuetudine *Si creditor*, sotto il medesimo titolo, stabiliva che se il creditore allegasse di avere perduto il pegno, in mancanza di altra pruova dovesse starsi del pari al giuramento del creditore, il quale giurando di averlo perduto senza colpa, rimaneva disobbligato della restituzione, salvo al debitore ed a' suoi eredi il dritto di ricuperarlo pagando sempre al creditore la somma ricevuta in prestito. Ved. Aloe in Domat, *lib.* 3, *tit.* 1, *sez.* 1, *not.* 1, *tom.* 2, *pag.* 264.

LEZIONE DUODECIMA.

Dell' anticresi.

Dall' anticresi per dritto romano.

§. 175. La legge *11 ff. de pignor. et hypoth.* definisce l'anticresi per un vicendevole uso di una cosa immobile data in pegno per compen-

sare il creditore del frutto che potrebbe ritrarre dal prestito. *Antichresis, id est mutuus pignoris usus pro credito, facta sit, et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur; cum in usuras fructus percipiat aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque: itaque, si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.*

L'anticresi era per dritto romano piuttosto un patto che un contratto, e può ben dirsi ch' era una specie di pegno, poichè nel testo della legge citata il giureconsulto Marciano dice, che il creditore ritiene la cosa *pignoris loco*, cioè fino al totale pagamento del debito, con preferenza su i frutti; ma non ha il dritto di far vendere il fondo, perchè nol possiede *pignoris iure*, come osserva Pothier, trattato *delle ipoteche*, *cap.* 5, *art.* 1.

Non era poi necessario che vi fosse eguaglianza tra il valore de' frutti e l' importare dell' interesse sul prestito, quando i frutti fossero incerti, ma quando i frutti fossero determinati, come p. e. quando risultassero da un affitto, in questa ipotesi i frutti che sorpassavano la tassa degli interessi (1) venivano imputati sul capitale; *ll.* 11, 14 *e* 17 *cod. de usur.*; checchè abbian insegnato in contrario Ottomano, *lib.* 1, *cap.* 4; Voet, *in pandectas*, *tit. de pignor.*, *n.* 22. Vedi Vinnio, *quistioni scelte*, *lib.* 2, *cap.* 8; ed Ubero, *prelezioni al digesto*, *de pignor. et hypoth.*

Il contratto di anticresi era un contratto uni-

---

(1) Presso i romani l' usura legittima potea essere del dodici per cento, e meno; ma giammai potea eccedere tal misura, come si è osservato col titolo del mutuo ad interesse, *tom.* 5, §. 125.

laterale non solenne, e quindi potea formarsi anche senza scrittura. Il solo creditore era tenuto a pagare i pesi reali del fondo, ed a curarne la manutenzione e la conservazione, mentre dall' altra parte il debitore non avea altro dritto che di ripetere il godimento del fondo dopo pagato il debito; ma tanto pel creditore, quanto pel debitore l'obbligazione era individua, e quindi perdurava il godimento fino all' intera soddisfazione del credito anche riguardo agli eredi del creditore e del debitore. *LL.* 11, 33 *e* 39 *ff. de pignorat. act.*

È nondimeno da notarsi che per dritto romano il creditore potea nella scadenza del debito far ordinare dal giudice, che l' immobile restasse in luogo di pagamento sino alla concorrenza del suo credito a giudizio de' periti; *l.* 16 *ff. de pignor. et hypothec.*, §. 9; e che l'imperatore Giustiniano avea riprovata la convenzione dell'anticresi riguardo agli agricoltori, i quali, mediante tali contratti, non poteano essere spogliati de' loro campi e dei loro animali. Vedi *nov.* 34, *cap.* 1, e *l.* 19 *cod. de usuris.*

Dell' anticresi per dritto francese e vigente.

§. 176. Le nuove leggi hanno riconosciuto il contratto di anticresi come un mezzo atto a facilitare le convenzioni, assicurando e moltiplicando i modi di pagamento. È per tali considerazioni che fu ripristinata dal codice francese, mentre non era riconosciuta dall' antica giurisprudenza, come ci assicura Pothier, trattato *delle ipoteche*, *cap.* 5.

In forza delle nuove leggi l'anticresi può definirsi per un contratto la cui mercè il creditore non altro acquista che la facoltà di raccorre i frutti dell' immobile, sia del suo debitore, sia di un terzo che abbia acconsentito di darglielo coll' obbli-

go d' imputargli annualmente a sconto degl' interessi, se gli sono dovuti, e quindi del capitale del suo credito, senza acquistare mercè di tal godimento nè dritto di proprietà, nè dritto ipotecario, nè dritto di pegno, per cui non può vantare alcun dritto di ritenzione, o di preferenza nel godimento de' frutti in concorso degli altri creditori del suo debitore; art. 1955 e 1957 (-2085 *e* 2087 -).

Le nuove leggi, ad evitare le sottigliezze del dritto romano, stabiliscono

1. Che il creditore non possa pattuire di divenir proprietario dell' immobile per sola mancanza del pagamento nel termine convenuto, ma che in tal caso dovesse domandare l'espropriazione nei modi legali.

2. Che si potesse convenire di compensarsi gl' interessi in tutto o in parte co' frutti del fondo, nel qual caso non può il debitore chieder ragione de' frutti maggiori della somma dovutagli per interessi; art. 1958 e 1959 (- 2088 *e* 2089 -).

In forza dell' anticresi il creditore deve pagare tutte le contribuzioni dell' immobile, quando non sia convenuto altrimenti, e dee provvedere alla riparazione utile e necessaria dell' immobile, precapendo tali spese sopra i frutti del fondo, meno che non prescelga di rilasciare il godimento dell' immobile al suo debitore, al che può adempire sempre, se non abbia espressamente rinunziato a tale dritto; art. 1956 (- 2086 -).

Questa facoltà era necessaria al creditore, specialmente quando l' anticresi non fosse stata convenuta a termini, poichè in questa ipotesi egli non potrebbe domandare l' espropriazione del fondo per compensarsi del suo credito, e quindi correrebbe rischio di pagare spese maggiori dell' utile

che ritrae in compenso del suo credito, non avendo la legge accordato al giudice la facoltà di stabilire in tali casi un termine come nel mutuo; art. 1772 e 1773 (- 1900 *e* 1901 -). Vedi Maleville sull' articolo 2088 *cod. franc.*

Il debitore dall' altra parte non può ripetere il godimento del fondo dato in anticresi pria di avere soddisfatto interamente il debito, e questa obbligazione individua dee prestarsi per intero dai suoi eredi anche verso gli eredi del creditore; art. 1957 (- 2087 -).

In fine, le nuove leggi di accordo stabiliscono che l' anticresi non pregiudica in alcun modo alle ipoteche o ad altri dritti reali, che i terzi avessero acquistato, od acquistar potessero sulla cosa anche posteriormente al contratto, poichè l' anticresi non accorda al creditore anticretico alcun dritto reale sull' immobile, ma una semplice delegazione di frutti. I terzi quindi possono non solo acquistare legittimamente ipoteche sul fondo dato in anticresi, ma possono eziandio sequestrare i frutti pria della scadenza e della percezione, perchè il sequestro impedisce in tal caso l'effetto della delegazione, ed obbliga in conseguenza il creditore anticretico a venire in contributo co' sequestranti; art. 1961 (- 2091 -). Vedi Delvincourt, *tom.* 9, *tit.* 14, *nota* 34 (1).

---

(1) Pothier, trattato *delle ipoteche*, *cap.* 5, *art.* 1, sostiene che il debitore anticretico non possa costituire una novella ipoteca valida se non col peso dell' anticresi esistente, ma la sua opinione è combattuta da tutti i commentatori del nuovo dritto, perchè, a' termini delle nuove leggi, l' anticresi non è che una delegazione de' frutti, rimanendo al debitore la libera proprietà dell' immobile. Vedi Berlier, *esposizione de' motivi*, *n.* 103.

§. 177. I contratti anticretici, comunque proibiti in Francia come palliativi dell' usura, erano pur tuttavolta frequenti tra noi, ma colle limitazioni ammesse dal dritto canonico col capitolo *salubriter de usuris*.

De Marinis, *resol. iur.*, *lib.* 2, *cap.* 172, ed il cardinal de Luca, *de usuris*, *discorsi* 9 *e* 21, enunciano i diversi casi, ne' quali l' anticresi era vietata o permessa; ma in generale bisogna osservare che secondo lo spirito del dritto canonico l'antricresi era proibita solamente quando non s'incontrava eguaglianza tra il frutto del fondo e quello del danaro. Vedi l' annotatore di Domat sulla sezione 4 *dell' usura*, sul preliminare del titolo *del mutuo*, ed all' altro titolo *de' vizii delle convenzioni*.

LEZIONE DECIMATERZA.

De' privilegii e delle ipoteche.

Nozioni preliminari.

§. 178. Conciliare il credito più esteso colla più grande sicurezza, proteggere con egual successo il cittadino che vuol credito e quello che può farne, garentire l' efficacia delle transazioni, assicurare l' esecuzione delle obbligazioni contratte, ecco lo scopo e l'oggetto de' privilegii e delle ipoteche, di cui ci occupiamo colla presente lezione.

I privilegii e le ipoteche, propriamente parlando, non costituiscono una obbligazione diretta per parte del debitore verso del creditore, ma attribuiscono a costui un dritto di prelazione in faccia ad altri creditori del debitore comune, poichè co-

lui che ha contratto un debito, dee per effetto del contratto adempiere alle sue obbligazioni su i beni presenti e futuri, mobili ed immobili, che sono la comune garentia de' di lui creditori, e che costituiscono un pegno legale in favore de' medesimi, in forza della massima riconosciuta dalle leggi di tutti i popoli e di tutti i tempi, che *chi si obbliga, obbliga i suoi beni;* ma se il patrimonio del debitore non è sufficiente ad estinguere tutti i debiti, la legge dee venire in soccorso di colui che avesse pagato il primo, o di quell' altro che avesse impiegato il suo danaro col maggior profitto del debitore per preferirlo a coloro che avessero mutuato dopo, od il di cui credito non avesse recato egual soccorso al debitore.

Così, i privilegii e le ipoteche, che sursero da principii di giustizia e di equità che sono le basi fondamentali di ogni legislazione, formano la parte più interessante e nel tempo stesso più difficile del nostro dritto; per lo che noi colla più grande attenzione ce ne occuperemo in due distinti capitoli, esponendo secondo il nostro solito il confronto dell' antica colla nuova legislazione.

CAPITOLO I.

De' privilegii.

De' privilegii per dritto romano. Loro definizione e loro differenti specie.

§. 179. I romani nella infanzia della loro legislazione non conosceano i privilegii siccome era loro ignota del pari l' ipoteca. Colui che si fosse personalmente obbligato, era tenuto all' adempimento delle obbligazioni contratte sotto la garentia di tutti i suoi beni presenti e futuri, ed il cre-

ditore potea essere posto in possesso de' beni medesimi, ad oggetto di custodirli in sicurezza del di lui credito, se il debitore non prestava cauzione, quando anche il debito non fosse ancora scaduto. *LL. 6 e 7 ff. quibus ex causis in possessionem eat; 8 cod. de bonis auctoritate iudicis possidentis; e 41 ff. de iudiciis.*

Se poi il debito era maturo, i creditori poteano ottenere dal giudice la facoltà di far vendere i di lui beni, o di farsegli aggiudicare per mancanza di oblatori. *L. 7 ff. quibus ex causis in possessionem eat.*

Non tardò però molto a conoscersi la necessità di provvedere alla sicurezza de' creditori per mezzo della ipoteca, che i romani improntarono da' greci, nè tardarono que' sapienti legislatori a riconoscere la necessità di attribuire un dritto di prelazione ad alcuni determinati crediti, che si chiamarono perciò privilegiati. Il privilegio fu quindi dalle leggi romane definito per un dritto che la qualità del credito attribuiva ad un creditore, per essere preferito ad un altro. *L. 17 ff. de privilegiis credit., e 5 ff. qui potior. in pignore.*

Il privilegio però presso i romani non era che personale, nè partoriva alcuna azione reale sull' immobile, se non quando si era espressamente stipulato che il fondo si assegnava al creditore come garentia speciale del suo privilegio, ovvero quando la legge accordava al privilegio una ipoteca tacita. *LL. 7 cod. qui potior. in pignore, e 3 ff. de rebus eorum qui sub tutela.* Vedi Pothier *in pandectas Justin., tom., 1, pag.* 573, *nota* 26 (1).

---

(1) Domat, §. 2, *part.* 1, *lib.* 3, *tit.* 1, *leg.* 5, *n.* 3, insegna che *i menomi privilegii danno preferenza contro*

Da ciò ne avveniva, ch' essendo il privilegio un dritto puramente personale, esso dava preminenza solamente su i creditori chirografarii, ma era sempre posposto all' ipoteca; e da ciò derivava egualmente, che un creditor chirografario pri-

---

i chirografarii e gl' ipotecarii; e più appresso nella stessa sezione, *n.* 50, dice *che ogni privilegio dà una ipoteca particolare.*

Con tutto il rispetto dovuto a questo sommo interpetre dell' antico dritto, ci sia lecito di osservare che la sua prima proposizione è erronea, poichè, come hanno insegnato Cuiacio e Pothier, tutt' i privilegii per dritto romano, sia per ragion di causa, sia per ragion di persona, erano tutti personali nel senso ch' essi davano luogo all' azione personale e non già all' azione reale.

Il privilegio diveniva reale solo quando, o si era espressamente stipulato che un pegno si sarebbe assegnato per garentia speciale del privilegio, o quando la legge accordava al privilegio un' ipoteca tacita; *ll.* 7 *cod. qui pot. in pign.*, *e* 3 *ff. de' reb. eor. qui sub tut.* Perciò Cuiacio colle sue recitazioni solenni sulla legge 7 *cod. qui pot. in pignor.*, si espresse co' seguenti termini: *Restat ut adnotemus creditores hypothecarios anteponi creditoribus chirographariis, id est qui debitores personali tantum actione obligatos habent, etiam si creditores chirographarii sint antiquiores, vel etiam si in actione personali privilegium habent, id est, sive habeant privilegium causae, sive privilegium temporis. Namque eos excludunt hypothecarii creditores, optima ratione, quia habent actionem hypothecariam quae est actio in rem, in quam plus cautionis est quam in personam.*

Vedi ancora Pothier *in pandect. Justinian.*, *lib.* 20, *n.* 25, 26, 27, 28, 29 *e* 30.

Nè meno erronea è la proposizione *che ogni privilegio dà un' ipoteca particolare per dritto romano.*

In fatti, il privilegio attribuito alle spese per la conservazione della cosa non era che puramente personale, senza ipoteca tacita, come osservano Fabro, *coniectur. lib.* 8, *cap.* 11 *e* 12; Vinnio, *quistioni scelte*, *lib.* 2, *cap.* 4;

vilegiato era preferito al creditor chirografario semplice, ma tutti e due posposti all' ipoteca; e che il creditore ipotecario privilegiato era preferito al creditore ipotecario semplice, salvo la sola eccezione in favore delle spese funebri (1), il di cui

---

Perezio *in cod.*, *lib.* 8, *tit.* 18; e Donello *de pign.*, *cap.* 5. Il privilegio attribuito al venditore sul prezzo della cosa mobiliare od immobiliare da lui venduta non era che personale senz' alcuna ipoteca tacita, giusta la legge 34 *ff. de reb. auct. iudic. possid.*, e le novelle 53, 97 e 136; che anzi, secondo l' opinione di Fabro *in cod.*, *lib.* 3, *definiz. n.* 2, il venditore non avea che il solo dritto di ritenzione pria della tradizione, ma non godea di privilegio alcuno, nè anche *inter chirographarios*. Il privilegio di coloro che aveano prestato danaro per l' acquisto di un immobile non era che personale, senz' alcuna ipoteca tacita, come risulta chiaramente dalla legge 7 *cod. qui pot. in pignor*, e come osservano Perezio *in cod.*, *lib.* 8. *tit.* 18, e Vionio, *quistioni scelte*, *lib.* 2, *cap.* 4. Il privilegio accordato da Marco Aurelio a coloro che aveano somministrato danari per la ricostruzione di un edificio godea di un ipoteca tacita, ma chi avesse prestato danari per semplici riparazioni avea soltanto un privilegio personale *inter chirographarios*; Guiacio *respons. Papin.*, *lib.* 10, sulla legge 1, *in quib. caus. pign. tacit. contrah.*; e così di tanti altri privilegii che sarebbe lungo di enumerarsi in una nota.

Noi preghiamo i tironi di attendere con matura riflessione all' esposizione di queste dottrine, che sviluppano i veri principii regolatori de' privilegii per dritto romano, perchè la maggior parte de' forensi per la loro imperizia hanno attribbuito ambiguità fallaci alle leggi romane per non aver saputo distinguere che la preferenza accordata ai privilegii fondava sull' ipoteca legale tacita, di cui essi godevano, anzicchè per virtù insita al privilegio semplice.

(1) Secondo l' opinione di molti giureconsulti ed interpetri del dritto si eccettuano ancora le spese giudiziali, quelle occorse per la confenzione di un inventario, per l' insinuazione di un testamento, ed altre simili, di cui noi par-

giato vincea il semplice creditore chirografario, ma era vinto dal creditore ipotecario; il creditore ipotecario semplice era vinto dal creditore ipotecario privilegiato; in fine, tra creditori privilegiati vincea la poziorità del grado e la ragione della causa, ma se erano di gradi uguali, o se aveano una causa identica, erano obbligati a concorrere per contributo.

Il privilegio che vantava il fisco per la esazione de'dritti del tesoro pubblico, era un privilegio di persona, perchè la preferenza era dovuta per ragion del rispetto che si avea al governo dello Stato, ma esso non potea pregiudicare i dritti acquistati da'terzi anteriormente, come rileviamo dalla legge 2 *cod. de privilegio fisci*, ove espressamente si consacra: *quod si post bonorum eius obligationem, rationibus meis coepit esse obligatus fiscus, in eius bona cessat privilegium fisci.* Vedi ancora Peregrino *de iure fisci*, *lib.* 1; e Voet *in pandectas*, *lib.* 2, *tit.* 4.

In fine, per dritto romano i privilegii dividevansi in generali e speciali su i mobili e sugl'immobili, come meglio spiegheremo co' paragrafi che seguono.

De' privilegii per dritto del regno pria del 1809.

§. 180. Presso di noi seguivansi i principii del dritto romano relativamente a' crediti privilegiati, ma nel giudizio di concorso osservansi alcune regole particolari esposte dal reggente De Rosa col capitolo 1 della sua pratica civile, di cui noi ce ne occuperemo a suo luogo.

De' privilegii per dritto francese e vigente.

§. 181. Da lungo tempo in Francia la teoría de' privilegii si era dipartita dalle orme del dritto

romano, poichè quasi tutti i privilegii aveano di fatto un'ipoteca tacita legale, purchè i contratti da cui risultava il credito fossero stati rogati in forma autentica, essendo l'ipoteca legale una conseguenza necessaria dell'autenticità. Vedi Rosnage, *hypotheque, cap.* 14, e Loyseau *déguerpissement*, *cap.* 5. Quindi, all'epoca della pubblicazione de' codici, seguendosi le tracce dell' antica giurisprudenza, i privilegii si ebbero tutti per reali, ed in conseguenza si accordò loro la preferenza sulle ipoteche, perchè riuniscono la doppia prerogativa di essere impressi sulla casa e di attignere dalla lor causa originaria un favore di cui l'ipoteca assolutamente n'è priva.

Per ciò tanto il dritto francese, quanto il vigente definiscono il privilegio per « *un dritto reale* » *che la qualità del credito attribuisce ad un* » *creditore per essere preferito agli altri credi-* » *tori anche ipotecarii* »; art. 1965 (-2095-); e per questo istesso motivo si son consagrate le due massime, che *fra i creditori privilegiati la preferenza viene regolata dalla diversa qualità de' privilegii; e che se sono nel medesimo grado, son pagati in proporzione eguale* (1).

---

(1) Veramente la massima del dritto romano sul §. 181, consacrata nella legge 32 *ff. de reb. auct. iudic. possid.*, *si eiusdem titoli fuerint*, *concurrunt*, *licet diversitas temporis in his fuerit*, era applicabile a' privilegii che produceano un' azione puramente personale, come si è osservato col §. 177, non potendo esservi preferenza tra i creditori, che non aveano cercato altro impegno se non la lealtà del debitore; ma quando i privilegii divennero tutti reali, quando essi ebbero tutti per solo ministero della legge un' ipoteca tacita, rimanendo impressi sulla cosa, allora il principio del concorso si è ritenuto per un altro motivo, cioè, perchè, avendo la sola legge indipendente-

Le nuove leggi anche riconoscono la divisione de' privilegii in generale sopra i mobili, speciali sopra determinati mobili, particolari sugl'immobili, e speciali sopra i mobili e gl'immobili; art. 1968 e 1969 (- 2099 *e* 2100 -).

De' privilegii del tesoro pubblico il nuovo codice per lo regno delle due Sicilie se ne occupa particolarmente in una sezione distinta, mentre per dritto francese i privilegii del tesoro erano regolati da leggi, decreti e regolamenti particolari.

Sezione I.

De' privilegii generali sopra i mobili.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 182. Nelle leggi 8 *ff. depositi*, *ultim. cod. de iur. deliber.*, 45 *ff. de religios. et sumptib. funer.*, 4 *cod. de petit. heredit.*, 6 *ff. de aliment. et cibar. legat.*, ed in molte altre ancora troviamo enunciati come crediti privilegiati sopra la generalità de' mobili le spese giudiziali, le spese funerarie, le spese dell' ultima infermità, le som-

---

mente dal fatto del debitore attribuito a' privilegii un'affezione sulla cosa, sarebbe stato ingiusto accordarsi preferenza all' anteriorità del tempo in cui il privilegio è surto. Questa ragione risulta chiaramente dall' *esposizione de' motivi*, e specialmente da' discorsi del consigliere Treillard e del tribuno Grenier, *n.* 105 *e* 106, nè noi sapremo applaudire a'voti espressi del dottissimo Troplong col suo commento al titolo *de' privilegii*, *tom.* 1, *pag.* 64, *n.* 86, il quale opina che i novelli legislatori avrebbero dovuto attendere all'anteriorità del tempo, anzicchè ammetter il concorso tra privilegii che si trovano nel medesimo grado.

ministrazioni di viveri e di alimenti. Vedi ancora Voet *in pandectas, lib.* 20, *n.* 34; e Domat, *tom.* 2, *lib.* 3, *tit.* 1, *sez.* 5, *n.* 24 *e* 25.

È però da osservarsi

1. Ch' erano privilegiate soltanto le spese giudiziali, che aveano procurato un vantaggio a tutt'i creditori aventi dritto sul pegno. *LL. 8 ff. depositi*, 72 *ff. ad leg. falcid.*, *ed ultim. cod. de iure delib.*

2. Che le spese funerarie erano privilegiate tanto *intuitu pietatis*, atteso il religioso rispetto verso i defunti, quanto per un motivo d'interesse pubblico, per non rimanere insepolti i cadaveri; *ll.* 12 *e* 14 *ff. de relig. et sumpt. funer.;* per cui per questo doppio motivo tal privilegio vincea *omne creditum*, come si esprime la legge 45 *ff.* sotto l' istesso titolo, e quindi il creditore privilegiato per tal causa era preferito anche a' creditori ipotecarii, come insegna Fachineo, *controv. iur.*, *lib.* 12, *cap.* 42.

Per spese funebri però s' intendeano solamente quelle ch' erano indispensabili pel trasporto del cadavere, per la custodia prima di esser condotto al luogo della sepoltura, per disporre il luogo medesimo, per la veste mortuoria, e pel sarcofago, il tutto proporzionato alle sostanze ed alla dignità del defunto; ma se n' escludeano quelle di lusso e di ornamento, come risulta dalle leggi 14 e 37 *ff. de relig. et sumpt. funer.*

3. Che le spese di ultima infermità comprendeano le medicine, i medici, i farmacisti, per le cure e somministrazioni fatte all'infermo. *LL.* 1 *ff. de variis et extraordin. cognition.;* 45 *ff. de usufruct. et quemad.;* e 4 *cod. de petit. hæred.*

4. Che, finalmente, erano privilegiati i crediti di coloro che aveano somministrato alimenti cibarii

e vesti indispensabili al debitore, giusta la legge 6 *ff. de aliment. et cibar. legat.*; perchè sotto il nome generico di alimenti adoperato dalla legge non si comprendono solamente le spese cibarie.

Per dritto romano però il solo credito delle spese funerarie avea la preferenza su tutti gli altri crediti enunciati co' precedenti numeri, ma questi concorrendo insieme doveano essere pagati per contributo. Vedi le leggi sopra enunciate, non che la legge 17 *ff. de reb. auctoritat. indic. possidend.*

De' privilegii sopra la generalità de' mobili per dritto francese e vigente.

§. 183. Le nuove leggi, oltre i crediti privilegiati riconosciuti dal dritto romano, annoverano le somministrazioni de' viveri fatti al debitore ed alla sua famiglia, cioè pe' sei ultimi mesi, da' venditori a minuto, come i fornai, macellai e simili; e per l' ultimo anno da' padroni di locanda e mercanti all' ingrosso; art. 1970 (- 2101 -). A differenza però del dritto romano le nuove leggi dispongono, che tali privilegii dovessero esperimentarsi con l' ordine seguente, cioè

1. Le spese giudiziali:

2. Le spese funerarie:

3. Tutte le spese dell' ultima infermità, in proporzione eguale fra quelli, cui son dovute:

4. I salarii delle persone di servizio per l' ultimo semestre decorso, e quelli dovuti per la mesata corrente:

5. Le somministrazioni di sussistenza fatte al debitore ed alla sua famiglia ec. ec.

È ben vero d' avvertirsi

1. Che i crediti sopra enunciati si esercitano anche sulla generalità de' beni quando sia stato esaurito il prezzo de' mobili, o se ne sia giustificata

la mancanza. Vedi Delvincourt, *tom.* 9, *lib.* 4, *tit.* 9, *sez.* 1, *nota* 7, 15 *e* 16; e Merlin alla voce *privilegio di credito*, *sez.* 2, §. 1, *n.* 4.

2. Che per ispese giudiziali s' intendono solamente quelle che riflettono l' interesse comune de' creditori, come quelle di suggello, d' inventario ed altre, e non quelle fatte solamente nell' interesse di un creditore, nè gli onorarii degli avvocati, checchè abbian insegnato in contrario gli autori del commentario sulle nostre leggi civili sul commento all' articolo 1970, *tom.* 6. Vedi Grenier, trattato *delle ipoteche*, *tom.* 3, *n.* 300.

3. Che per ispese funerarie si comprendono anche le spese del lutto della vedova e de' domestici secondo gli usi ricevuti. Vedi gli autori delle pandette francesi sull' articolo 2101.

4. Che per ispese dell' ultima infermità si comprendono anche quelle dovute a' medici e chirurgi che hanno curato l' infermo, ed agli speziali che hanno somministrato i medicamenti, i quali debbono tutti essere pagati in proporzione eguale, ove il patrimonio del defunto non fosse sufficiente.

5. Che per persona di servizio, di cui parla il numero 4, s' intendono coloro che locano la loro opera ad anni, a mesi e non giornaliera.

6. Che, in fine, il privilegio di cui è oggetto al numero 5, non può estendersi ad altre persone non designate coll' articolo, e s' intende sempre limitato alla somma necessaria alla sussistenza del defunto e della sua famiglia. Vedi Persil, e gli autori delle pandette francesi sull' articolo 2101, non che Merlin alla voce *privilegio di credito*, *sez.* 3 (1).

---

(1) Troplong (la di cui opera ci è pervenuta nelle mani dopo completato il lavoro su i privilegii e sulle ipoteche)

Sezione II.

De' privilegii speciali sopra determinati mobili.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 184. Nelle leggi 2, 3, 4 e 7 *ff. in quib. caus. pign. vel hypot. contrah.*, 3 *cod. eod.*, 4 *ff. de praet.*, 9 *cod. qui pot. in pign.*, 5

---

col tomo primo sul commento all'articolo 1970 (-2101-) enumera tutte la diverse specie di spese giudiziali, alle quali è annesso il privilegio, a' sensi dell' articolo istesso.

Tali spese privilegiate, secondo il suo avviso, sono

1. Le spese ordinarie che si fanno per il pignoramento e per la vendita, e le straordinarie, quando così ha giudicato il tribunale, rigettando le eccezioni del debitore; art. 740 ll. di procedura civ. (-657 *cod. di procedura francese*-).

2. Le spese per l' apposizione de' suggelli e per la formazione dell'inventario, quando sieno state fatte per il vantaggio di tutt' i creditori.

3. Le spese ordinarie ed estraordinarie per la distribuzione del prezzo fra i creditori per contributo, come nel numero 1.

4. Le spese per la cancellazione delle inscrizioni e per la graduazione de' creditori.

5. Le spese per impugnare una graduazione mal fatta.

Le profonde osservazioni di questo dotto scrittore dimostrano evidentemente la fallacia degli argomenti degli autori del commettario sulle nostre leggi civili, i quali, fondando su di una distinzione grammaticale tra *les frais de justice*, di cui fa uso il testo francese coll' articolo 2101, e *les depenses*, o sia le spese che vanno a carico del debitore, intendono desumere che le spese di ogni credito per causa di lite sostenute dal debitore, come gli onorarii degli avvocati, le vacazioni e le spese de' patrocinatori, le vacazioni degli uscieri, in somma tutto ciò che si comprende nella tariffa sotto il nome di spese giudiziarie, goder dovesse di un privilegio generale sopra i mobili, tanto se le

e 6 *ff. eod.*, 10 *ff. de pignor.*, e 25 *ff. de reb. credit.*, troviamo enunciati i seguenti privilegii sopra determinati mobili:

1. I fitti degl' immobili;
2. Le pigioni;
3. Le riparazioni locative (1);
4. Le sementi;
5. Il credito sopra il pegno di cui il creditore si trova in possesso (2);
6. Le spese fatte per la conservazione della cosa (3);

---

liti sieno vinte, quanto se sieno perdute. Vedi gli autori del commentario sull' articolo 2101, *n.* 1.

Del resto noi ci occuperemo di proposito di tal quistione col nostro saggio di dritto controverso.

In quanto agli altri privilegii enunciati co' numeri 2 a 5, vedi il citato scrittore, *pag.* 111 *a* 123, *vol.* 1.

(1) Per dritto romano il proprietario di una casa locata godea di un' ipoteca tacita sulle cose introdotte nella medesima; ma è d' avvertirsi che per i fitti de' fondi urbani il proprietario avea dritto *in invecta vel illata*, come si esprime la legge 4 *ff. in quib. caus. pig. vel hypoth. tacit. contrah.*, o sia godea di un dritto di pegno su i mobili dell' inquilino, tanto per le pigioni, quanto per i danni che questi avrebbe potuto cagionare, mentre il proprietario de' fondi rustici non avea privilegio che su i soli frutti, come risulta dalla legge citata, non che dalla legge 5 *cod. de locat. conduct.* Ciò probabilmente perchè nella locazione de' fondi rustici il fittuario solea promettere l' ipoteca espressa, come osserva Cuiacio colla legge 1 *ff. de pact.*

(2) Il credito sopra il pegno non sussistea se non fino a che la cosa era in potere del creditore, come chiaramente risulta dalla legge 238 *ff. de verbor. significat.*; ma ciò non pertanto il possesso civile era sempre presso del debitore, ed a suo solo profitto decorrea il tempo destinato a compiere la prescrizione. *L.* 36 *ff. de adquir. vel amitt. possess.*

(3) Il privilegio di colui che avesse fatto spese per la

7. Il prezzo di effetti mobili venduti (1);

8. Le somministrazioni di un albergatore sopra gli effetti del viandante;

9. Le spese di condotta, e quelle accessorie per la cosa condotta.

Di questi privilegii alcuni godeano dell' ipoteca tacita, come quella del locatore sulle cose introdotte nella cosa locata; *ll.* 2 *e* 4 *ff. in quib. caus. pign. vel. hypot. tacite contrah.*; 5 *cod. de locat. et condut.*; *e* 1 *ff. de salv. interdict.* Il privilegio di colui al quale si era data una cosa in pegno di cui era in possesso; *ll.* 5 *e* 17 *ff. de tribut. act.*; *e* 238 *ff. de verb. signif.*; Pothier *in Pand. Justin, tom.* 1, *pag.* 410, *n.* 9, *e tom.* 3, *pag.* 145, *n.* 56.

---

conservazione della cosa era puramente personale senza ipoteca tacita, come insegnano Perezio, *in cod.*, *lib.* 8, *tit.* 18; Fabro, *in cod.*, *lib.* 8, *tit.* 8, *definiz.* 10; e Donello, *de pignor.*, *cap.* 5. Se però nell' atto del mutuo il creditore avesse stipulato un' ipoteca espressa, in tal caso era preferito agli altri creditori ipotecarii.

In forza poi di un senatusconsulto di Marco Aurelio godea di un privilegio reale indipendentemente da ogni ipoteca espressa colui che avesse somministrato danaro per la restaurazione di un edifizio, non così colui che avea somministrtato danaro per costruirsi un edifizio nuovo. Vedi Vinnio, *quistioni scelte*, *lib.* 2, *cap.* 4.

(1) Il venditore di mobili non pagati, secondo l' opinione di Troplong, *tom.* 1, *n.* 181, per dritto romano non avea nessun privilegio anche *inter chirographarios*, e questa era ancora l' opinione di Bartolo sulla legge 34 *ff. de reb. auct. iudic. possid.*, e di Fabro, *in cod.*, *lib.* 8, *tit.* 8, *definiz.* 10; ma molti altri dotti interpetri del dritto desumono dalle novelle 53, 97 e 136, che al venditore di mobili non pagati competea un privilegio personale, e questa opinione seguita da Grenier, *tom.* 3, *n.* 383, è stata anche da noi abbracciata col paragrafo.

*

Altri poi erano semplicemente personali, come il privilegio di colui che avea conservato la cosa; *ll.* 6 *ff. qui pot. in pign.*; 10 *ff. in quib. caus. pign. vel hypot. tacit. contrah.*; 26 *e* 32 *ff. de reb. auct. iud. possid.* Il credito del venditore di mobili non pagati; *l.* 34 *ff. de reb auct. iud. possid.*; *novel.* 53, 97 *e* 136. Il privilegio del locandiere sulle cose de' viandanti introdotte nella locanda; *l.* 6 *ff. in quib. caus. pign. vel hypot. tacit. contrah.* Il privilegio del vetturale per le spese di vettura; *l.* 6 *ff. eod.* Vedi ancora Domat, *luogo sopra citato*; *n.* 6 *ed* 11, e Voet *in pandect.*, *lib.* 20, *tit.* 2, *n.* 2.

La legge però tace circa il modo come questi diversi privilegii dovessero esperimentarsi nel concorso de' privilegii enunciati col paragrafo precedente, e questa è una lacuna non ancora riempiuta nè dalle osservazioni de' commentatori dell'antico dritto, nè dalla giurisprudenza.

Sembra, in fatti, che gli antichi giureconsulti avessero riconosciuto impossibile il determinare i diversi gradi de' privilegii fra loro, perchè non vi era quasi privilegio per quanto in apparenza assoluto, che non potesse venir cancellato, modificato, od anche vinto da un altro, allorchè tutti o molti concorressero insieme. In vero, il dritto di proprietà, il dritto di conservazione, quello delle migliorie, o della nuova disposizione della cosa, il dritto del pegno, meritavano un grado di preminenza e di favore; ma nol meritavano meno i riguardi dovuti a colui che avesse soccorso il debitore nella sua ultima infermità; che lo avesse sovvenuto per sostenere un litigio per di cui mezzo rese salvi i suoi bēni; che avesse erogate le spese funebri; ed il difficile si era di conciliare nel concorso i riguardi dovuti agli uni ed

agli altri, difficoltà che sembra essersi rimessa al prudente arbitrio del magistrato. Vedi Grenier, *tom*, 3, *n.* 294 *e* 295.

De' privilegii sopra determinati mobili per dritto francese e vigente.

§. 185. Le nuove leggi di accordo riconoscono come privilegiati sopra alcuni determinati mobili soltanto i seguenti crediti, cioè

1. Quello del locatore de' beni rustici, od urbani, sopra i frutti raccolti nell' anno, e sopra il valore di tutto ciò che serve a guarnire la casa, o ad instruire il fondo locato, e di tutto ciò che serve alla coltivazione de' fondi (1).

2. I crediti per le riparazioni locative, e per tutto ciò che concerne l' esecuzione del contratto.

3. Il credito sopra il pegno di cui il creditore si trova in possesso.

4. Le spese fatte per la conservazione della cosa.

5. Il prezzo de' beni mobili non pagati, se esistono ancora in mano del debitore, o che gli abbia comprati con dilazione al pagamento, o senza.

6. Le somministrazioni di un locandiere, sulle robe del viandante, introdotte nella locanda.

7. Le spese di vettura, e quelle accessorie, sulle cose che si trasportano.

---

(1) Fia necessario avvertire a' tironi, che la nuova legge ha convertito in privilegio reale l'ipoteca tacita che le leggi romane accordavano al proprietario sulle cose introdotte nella casa locata; che tal privilegio si estende anche a' frutti ed alle ricolte; e che ha luogo non solo per le pigioni e per le riparazioni locative, ma eziandio per i danni commessi dal fittuario, e per tutto ciò che riflette l' esecuzione del contratto, come meglio si spiegherà in seguito.

8. I crediti che risultano per abusi e prevaricazioni commesse dagli ufiziali pubblici nello esercizio delle loro funzioni, su' capitali dati da essi per sicurtà, e sugl' interessi che ne fossero dovuti; art. 1971 (- 2102 -).

In quanto a' privilegii enunciati col numero 1, osserviamo, che i frutti raccolti nell' anno dal conduttore formano una specie di pegno pel locatore, e quindi possono essere da lui sequestrati ugualmente che i frutti pendenti; ma se si trovassero venduti o portati via dal fondo locato, il privilegio sarebbe spento. Vedi Merlin, *privilegio di credito*, *sez.* 3.

Ciò che serve poi a guarnire la casa, o ad instruire il fondo locato, è soggetto al privilegio del locatore pel motivo ch' egli nel fare l' affitto gli ha considerati come pegno del suo credito. Vedi Persil e Maleville sull'articolo 2102 *codice francese* (1).

---

(1) Ma non ogni specie di mobili serve a guarnire la casa, o ad instruire il fondo locato. Così, le pietre preziose, gli anelli, il contante, i titoli di credito non possono considerarsi come mobili addetti a guarnire la casa, e lo stesso dee dirsi delle biancherie, abiti, vesti, libri addetti al mestiere dell' inquilino.

Ma se si trattasse di un vasellame d' oro, o d' argento, o di una biblioteca, non vi è dubbio che il privilegio li colpirebbe.

Era quistione per dritto francese, se i mobili introdotti momentaneamente nella casa locata, presi in prestito od appartenenti ad un terzo, fossero o no colpiti dal privilegio del locatore, e la Corte di Cassazione di Parigi, secondo il nostro avviso, deliberò giustamente per la negativa con decisione del 22 Luglio 1823, perchè l' articolo 2102 di quel codice si esprime così:

« Il proprietario può sequestrare i mobili inservienti alla

Osserviamo ancora che questo privilegio si estende a tutte le pensioni scadute e da scadere, se l'affitto sia stato stabilito con atto autentico o con iscrittura privata di data certa, altrimenti si limita alla sola annata corrente ed all'altra che segue, perchè in faccia agli altri creditori che concorrono su' frutti non si può allegare verun credito di affitto antecedente, che non sia provato con iscrittura di data certa; ma nel primo caso la legge permette agli altri creditori di poter locare nuovamente il fondo pel tempo che resta a decorrere fino allo spirare dell'affitto dopo soddisfatto il locatore, il quale sarà sempre preferito se non ancora è rimasto interamente pagato delle pigioni e de' fitti scaduti e di quelli che debbono scadere, e che per tal motivo conserva un dritto di rivendicazione fra il termine di quaranta giorni, quando si tratta di mobiliare di un podere, e fra il termine di giorni quindeci, se trattasi di mobiliare di una casa, indipendentemente dal dritto di sequestro o di ritenzione che gli accorda la legge, quando gli oggetti sono nella

---

» sua casa o al fondo affittato, quando sieno stati traslo-
» cati senza il suo consenso, e conserva sopra essi il suo
» privilegio ec. .»

Ma nelle nostre leggi civili coll' articolo 1971 si sono sostituite le espressioni seguenti:

« Il padrone della casa o del podere affittato può se-
» questrare i mobili in essi introdotti, quando sieno stati
» trasportati altrove senza il suo consenso, e conserva so-
» pra essi il suo privilegio ec. », ed a noi sembra che questo cangiamento abbia avuto per iscopo di far cessare le dispute insorte tra i giureconsulti francesi sull' interpetrazione dell'articolo 2102 di quel codice. Vedi Dalloz alla voce *ipoteca*, *pag.* 26 *a* 29, 56 *a* 128; Grenier, *tom.* 3, *n.* 311; e Persil sull' articolo 2102.

sua casa; art. 902, 907 e 909 leg. di proc. civ. (- 819, 824 *e* 826 *cod. di proc. franc.* -). Vedi Delvincourt, *tom.* 9, *tit.* 9, *pag.* 7 (1).

Osserviamo, in fine, che il privilegio del locatore sopra i frutti raccolti nell'anno, ha luogo anche quando i frutti appartengono al subaffittuale; ma il privilegio sopra il valore di ciò che serve a guarnire la casa, o ad instruire il fondo locato, non può esercitarsi contro del subaffittuale, qualora a lui appartenessero, se non per la quantità che questi dee al conduttor principale, senza tenersi conto delle anticipazioni; art. 1971 (- 2102 -).

In quanto a' privilegii notati col numero 2, osserviamo ch' esso viene posposto a colui che ha somministrato danaro per le sementi, o che ha fatte le spese della ricolta dell'anno, e che debbonsi soddisfare sul prezzo della ricolta medesima.

Ugualmente sono preferiti al privilegio del locatore i crediti per spese fatte per l'acquisto di attrezzi rurali, per pagar coloro che abbiano accommodati o venduti gli attrezzi medesimi, e fi-

---

(1) Secondo l'opinione di Troplong, *tom.* 1, *n.* 165, il dritto di rivendicazione compete al locatore non solo su i mobili, ma anche su i frutti, quando fossero stati trasportati altrove senza il suo consenso; ma questa opinione viene combattuta da Persil sull'articolo 2101, da Tarrible alla voce *privilege, sezione* 3, e da Delvincourt *tom.* 9, l'avviso de' quali noi adottiamo, sì perchè più conforme alla lettera ed allo spirito dell'articolo, sì perchè i frutti son destinati ad essere venduti dal colono, e giustamente Delvincourt riflette che allora non vi sarebbe più sicurezza pel compratore.

Altronde il privilegio è un favore che non può crearsi che dalla legge, e questa, mentre accorda il dritto di rivendicazione su i mobili, non lo estende punto su i frutti venduti dal conduttore.

nalmente per pagare i giornalieri che hanno contribuito alla semina ed al ricolto. Vedi Persil, *regime ipot.*, sull'articolo 2102, *pag.* 203, *vol.* 1 (1).

In quanto a' crediti indicati col numero 3, osserviamo che il privilegio accordato al pegno fonda sul riguardo dovuto a colui che non altrimenti avrebbe mutuato il danaro se non per la sicurezza che il pegno gli offriva. Il pegno altronde non costituisce che una fideiussione reale in favore del creditore cui la cosa è stata consegnata per sicurezza del suo credito, e quindi tutti gli altri creditori non possono esercitare privilegio su di quel che non trovasi in potere del debitore. Vedi Persil sull' articolo 2102 *cod. franc.*, *pag.* 116 (2).

---

(1) Per attrezzi aratorii s' intendono propriamente quelli che servono alla coltivazione del fondo, come gli aratri, le vanghe, le falci, le carrette, ed altre simili, che i romani chiamavano *instrumenta fundi*, perchè *quaerendi, cogendi, et conservandi gratia parata sunt; l.* 8 *ff. de instrum. vel instrum. legat.* Coloro che han venduto tali attrezzi al colono, ragionevolmente debbon essere preferiti sul prezzo degli attrezzi medesimi al creditore de' fitti, anche quando costui ne avesse ignorata la vendita, perchè mediante tali attrezzi si è procurata la ricolta de' frutti, su i quali il proprietario esercita il suo privilegio nella qualità di locatore.

(2) Troplong, *commento all' articolo* 2102, *tom.* 1, *n.* 169 *bis*, combatte questa opinione ch' è pur quella di Grenier, trattato *delle ipoteche*, *tom.* 2, *n.* 238, perchè, egli dice, il possesso del creditore sul pegno non può fargliene acquistare il dominio colla prescrizione, mentre il possesso civile sta sempre presso del debitore.

Noi non neghiamo che il possesso del pegno sta presso del debitore, ma il privilegio del creditor pignorista fonda sul suo possesso reale, e sulla presunta volontà del creditore e del debitore che il pegno sia esclusivamente impiegato per garentire il credito, presunzione che la legge favorisce, ed in grazia di tal favore crea il privilegio a pro del creditor pignorista.

Sul privilegio indicato col numero 4, osserviamo che, per potersi esperimentar in giudizio, è necessario che dal contratto apparisse d'essere fatto espressamente il prestito ad oggetto di somministrare le spese necessarie per la conservazione della cosa, per argomento dell'articolo 1972 (- 2103 -); nè può estendersi a'miglioramenti ed agli abbellimenti, quando anche questi avessero aumentato il valore della cosa. Vedi Persil sull' articolo 2102, *cod. fran.* (1).

Sul privilegio indicato col numero 5, osserviamo ch'esso fonda sul riguardo dovuto alla proprietà; ma è necessario che i beni esistano in mano del debitore, poichè se si trovassero venduti, il venditore non potrebbe esercitare il suo privilegio nè anche sul danaro che se ne ritrarrebbe dietro il sequestro che il venditore facesse nelle mani di un secondo compratore, potendo solamente concorrere in un giudizio di contributo fra tutti i creditori del suo acquirente (2).

---

(1) Le espressioni *per la conservazione della cosa* comprendono (dice giudiziosamente Troplong, *tom.* 1, *n.* 175) tutto ciò che si è fatto per riparare la cosa, per preservarla da un accidente, per salvarla da un pericolo presente, per impedire un danno. A tutto ciò si limita il privilegio, ma non può estendersi alle migliorie, quando anche queste avessero aumentato il valore della cosa, poichè l' autore delle migliorie ha solamente il dritto di tener la cosa che trovasi presso di lui e sin ch' egli ne abbia il possesso. Il dritto di ritenzione però, di cui ne abbiamo parlato colla nota al §. 173 pag. 300 è ben diverso dal privilegio, comunque siano stati spesso confusi da Delvincourt, *tom.* 9, *nota* 13.

(2) Questo privilegio dee la sua origine alla consuetudine di Parigi; *art.* 177. Esso si estende anche al venditore di mobili incorporali per argomento degli articoli 452 e 460 (-529 e 535-). Ed è questa pure l'opinione di Troplong, *tom.* 1, *n.* 187, di Delvincourt, *tom.* 3, *pag.* 275,

La legge però accorda al venditore la rivendicazione degli oggetti da lui venduti, se non sia stato soddisfatto del prezzo, quando concorrono copulativamente le seguenti circostanze: 1. che la vendita sia fatta senza dilazione di pagamento; 2. che gli effetti mobiliari sieno tutti nel possesso del compratore; 3. che sieno nello stesso stato; 4. che la rivendicazione sia esercitata entro gli otto giorni dalla tradizione. Nondimeno, il privilegio del venditore non si esercita se non dopo quello del padrone della casa, o del podere, quando non sia provato che questi era informato che i mobili e le altre cose, le quali guarnivano la casa, od il podere locato, non erano di pertinenza del fittaiuolo; nè si è derogato alle leggi ed agli usi del commercio sulla rivendicazione; art. 570 a 578 ll. di eccezione per gli affari di commercio (- 576 *a* 585 *cod. comm. franc.* -).

Il privilegio indicato col numero 6, è assimilato a quello del creditor pignoratizio. Esso dura finchè dura il possesso, nè può esercitarsi appena gli oggetti son usciti fuori della locanda (1).

Lo stesso è da dirsi del privilegio de' vetturali sulle cose trasportate colle loro vetture, e che si considerano come loro date in pegno per lo pagamento della spesa del trasporto (2).

---

di Dalloz alla parola *hypotheque*, comunque Persil col commento all'articolo 2102, §. 4, *n.* 2, avesse sostenuto il contrario avviso.

(1) E d'avvertirsi che il privilegio si estende su tutti gli oggetti che il viandante ha depositato nella locanda, siano o no di sua pertinenza, perchè non è il locandiere obbligato d'informarsi, se gli oggetti al viandante appartengono. Vedi Persil, *quistione su i privilegii*, *vol.* 1, *cap.* 3.

(2) Il privilegio de' vetturali non può estendersi sulle

In fine, il privilegio accordato a' crediti che risultano per abusi, o prevaricazioni commesse dagli ufiziali pubblici, trova la sua ragione in un principio di ordine pubblico; poichè la cauzione che dà l' ufiziale publico serve appunto per garentire l' interesse de' privati, i quali potrebbero essere da lui compromessi nell' esercizio delle sue funzioni. Per esercitarsi però questo privilegio, bisogna che esista una condanna pronunziata contro il funzionario per prevaricazioni commesse nell' esercizio delle funzioni medesime (1).

---

somme dovute per viaggi precedenti, ma dee limitarsi esclusivamente sulle spese della vettura che ha trasportata la cosa. Questo privilegio però svanisce non appena le cose sono sottratte dalle mani del vetturale, come insegnano Delvincourt, Persil e Dalloz, *luogo sopra citato*, checchè abbia opinato in contrario Troplong, *tom.* 1, *n.* 207.

(1) I privilegii espressi coll' articolo 1971 (- 2102 -) debbono esperimentarsi secondo l'ordine de'numeri, o pure secondo il grado di favore che loro attribuisce la causa da cui dipendono?

Non sembra potersi dubitare che la serie de'numeri dei quali si serve l' articolo non è una serie di ordine, perchè il grado di favore annesso alla causa de' privilegii speciali può variare secondo le diverse specie, e secondo le diverse posizioni de' creditori, in guisa che un credito che in un dato caso avea la precedenza ad un altro, se vi concorrono altre circostanze, può essere a questi posposto. Per questa ragione il codice, non potendo stabilire fra essi una scala graduata di preferenze, perchè impossibilitato a fare le enumerazioni di tutte le diverse combinazioni d'interesse che il più delle volte sono il puro effetto del caso, si è contentato di serbare silenzio circa l' ordine de' gradi, mentre che trattando de' privilegii generali ha stabilito un ordine invariabile di preferenza coll' articolo 1970 (-2101-).

Sezione III.

De' privilegii sopra gl' immobili.

De' privilegii sopra gl' immobili per dritto romano.

§. 186. I chiarissimi Bavaux e Loyseau col tomo 15 della giurisprudenza del codice civile, *pag.* 276 *a* 278, insegnano che il dritto romano attribuiva un privilegio

1. Al venditore sopra l'immobile venduto per lo pagamento del prezzo;

2. A coloro che aveano somministrato danaro per l' acquisto dell' immobile;

3. A' coeredi per la garentia delle loro porzioni;

4. Agli architetti, intraprenditori, muratori ed altri operai impiegati per edificare;

5. A coloro che aveano imprestato il danaro per pagare o rimborsare gli operai.

Il celebre Domat, *lib.* 3, *tit.* 1, *n.* 4 *a* 10, professa l' istessa dottrina, per cui non è da maravigliarsi se Grenier, facendosi imporre da queste autorità, non meno che da quella di Rosnage col suo trattato *delle ipoteche, pag.* 380 *a* 382, *t.* 3, *n.* 282, 285, 341, 355, 376 *e sequenti*, abbia insegnato, che per dritto romano vantassero un privilegio sugl' immobili il venditore pel pagamento del prezzo; coloro che aveano prestato danaro per l' acquisto di un fondo; gli architetti, gli appaltatori, muratori ed altri operai che avessero costruito un edifizio; finalmente, coloro che aveano prestato danaro per pagare gli operai.

Ma, portando un' analisi sulle leggi che s' invocano in sostegno di tali dottrine, sarà facile convincerci che la legge 34 *ff. de reb. auct. iudic. possid.*, e le novelle 53, 97 *e* 136 invocate da

Dietro tutto ciò sembra potersi conchiudere, che i privilegii sugl' immobili per dritto romano erano limitati

1. Al venditor della nave pel prezzo della vendita. *LL.* 34 *ff. de reb. auct. iudic. possid.*; 1 *ff. de exercit. act.*; *nov.* 53, 97 *e* 136.

2. A colui che avesse prestato danaro *navis*

---

diante il consenso sulla cosa e sul prezzo, ma se il compratore ritardava il pagamento, il venditore potea ritener la cosa presso di sè *pignoris iure. LL.* 13 *ff. de act. empt.*; *e* 2 *ff. de contr. emp.*

Indipendentemente da questo dritto, se il venditore consegnava la cosa al compratore senza volere stare alla sua fede pel pagamento del prezzo, egli potea rivendicarla, perchè, come dice Giustiniano col §. 41 delle sue istituzioni *de rer. divis.*: *venditae vero res, et traditae, non aliter emptori adquiruntur, quam si is pretium venditori solverit, vel alio modo ei satisfecerit. . . . . sed si is qui vendidit, fidem emptoris sequutus fuerit, dicendum est statim res emptoris fieri.*

La legge romana, contenta di questa doppia garentia conceduta al venditore, non gli accordò alcun privelegio sul prezzo dell' immobile venduto, nè ammise la tacita condizione risolutiva per non pagamento del prezzo; ma se il venditore avesse convenuto che il compratore non pagando in un determinato tempo dovesse restituire il fondo, in tal caso in forza di questo patto espresso, che chiamavasi legge commissoria, il contratto di vendita potea risolversi. *L.* 8 *cod. de contrah. empt.*

Il dritto di rivendicazione dunque fu il solo mezzo inventato dalla legge romana per assicurare il venditore allorchè non avea convenuto la vendita col patto commissorio, ed è perciò che Cuiacio. commentando la legge 2 *ff. de contrah. empt*, dice: *ne venditor et re sua et pretio careat. consulitur illi hac lege* 19 *ff. de contrahenda emptione*, ove appunto si accorda al venditore il dritto di ripigliar la cosa venduta, quando non gli fosse stato pagato il prezzo della vendita.

fabricandae, emendae, armandae vel instruendae causa. L. sopra citata.

3. Al pupillo sull' immobile comprato con suo danaro. *L.* 3 *ff. de reb. eor. qui sub tutel.*

4. A coloro che avessero prestato il danaro per l' acquisto di un immobile, quando vi era la stipulazione espressa che l' immobile comprato sarebbe rimasto obbligato con ipoteca al mutuante, e vi concorresse la pruova dell' impiego. *L.* 7 *cod. qui pot. in pign., ed ult. cod. de pign.; e nov.* 97, *cap.* 4.

5. Agli architetti, operai e muratori sulla cosa ricostruita. *L.* 1 *ff. in quib. caus. pignor. vel hypot. tacit. contrah.*

6. A coloro che avessero pagato danaro per la ricostruzione, o pagato l' appaltatore. *L.* 1 *cod. de cess. bonor., e* 26 *ff. de reb. auct. iudicis possid.*

7. Al padrone diretto sul dominio utile del fondo enfiteutico pel pagamento del canone. *L.* 14 *qui pot. in pign.*

8. Al censualista sul fondo censito. *L.* 1 *de pign. et hypoth.*

È però d' avvertirsi che i privilegii enunciati co' numeri 1, 2 e 3 godeano di un' ipoteca tacita; che il privilegio menzionato col numero 4 godea preferenza sugl' ipotecarii solamente, quando vi concorressero i requisiti richiesti, altrimenti svaniva del tutto; che il privilegio notato co' numeri 5 e 6 era semplicemente personale tra i chirografarii, ma godea di un' ipoteca tacita solamente, quando il danaro si era impiegato per la ricostruzione di una cosa distrutta, *ne urbs ruinis deformetur*, vedi Vinnio, *quaest. scelt., lib.* 2, *cap.* 4; che, in fine, il privilegio notato col numero 7 godea d' un' ipoteca tacita, ma quello notato col numero 8 era semplicemente personale tra chirografarii.

§. 187. Le nuove leggi classificano nel seguente modo i crediti privilegiati sopra gl' immobili, cioè

1. Il privilegio del venditore sull' immobile venduto pel pagamento del prezzo (1);

---

(1) Le nuove leggi si sono allontanate dalle orme del dritto romano espresse colla nota precedente. Esse ritennero il principio dell' azione di rivendicazione pe' mobili di cui non si fosse pagato il prezzo; art. 1971, n. 4 (-2102-); ma, ritenendo come sottintesa nel contratto di vendita la condizione risolutiva, quando il compratore non avesse pagato il prezzo, accordarono al venditore un doppio presidio, cioè l'azione di scioglimento di contratto, art. 1500 (-1654-), ed il privilegio sul prezzo dell'immobile venduto, art. 1972 (-2103-).

L' azione di rivendicazione nel primo caso suppone che la proprietà de' mobili venduti non sia stata trasferita al compratore, ed è tutta reale; l' azione di risoluzione, per l'opposto, accordata al venditore degl'immobili non pagati, è tutta personale, poichè si suppone che la proprietà sia stata alienata, ma colla condizione di doversi pagare il prezzo, al che non adempiendosi dal compratore, il magistrato può pronunziare lo scioglimento del contratto di vendita in forza della condizione risolutiva tacita, che in contraddizione dei pricipii consacrati dal dritto romano è ora sottintesa in tutti i contratti sinallagmatici; art. 1135 (-1182-).

Ma la domanda del prezzo e l'esperimento del privilegio sono di ostacolo all' azione per lo scioglimento del contratto? Noi crediamo di no, e portiamo avviso che la domanda di scioglimento del contratto è sempre ammissibile, sia che il venditore avesse trascurato di far uso del privilegio, sia quando anche fosse stato escluso dal giudizio di graduazione per difetto d'inscrizioni in contraddizione di altri creditori del compratore, checchè abbian insegnato in contrario Grenier, *tom.* 3, *n.* 379 *a* 384, e Troplong, *n.* 190, 191, 223 *a* 225, perchè il privilegio sul prezzo non dev'essere confuso col dritto di domandare lo scioglimento del contratto di vendita, che non è subordinato alla condi-

2. Il privilegio di colui, che ha somministrato il danaro per l'acquisto di un immobile;

3. Il privilegio del coerede sugl'immobili dell'eredità pel caso di evizione de'beni divisi, e pel pareggiamento delle porzioni ereditarie;

4. Il privilegio degli architetti, appaltatori ed altri operai sugl'immobili da essi edificati, ricostruiti, o riparati;

5. Il privilegio di quelli che hanno imprestato il danaro per queste opere; art. 1972 (2103).

In quanto al primo degli esposti privilegii, osserviamo che il privilegio del venditore in caso di più vendite successive si esercita in preferenza sul secondo venditore, quello del secondo sul terzo, e così di seguito; che questo privilegio si estende anche agl'interessi del prezzo ed alle spese del contratto; che non ha luogo per i danni ed interessi risultanti dall'inesecuzione del contratto di vendita; che, finalmente, non ha luogo se dal contratto apparisse pagato il prezzo, quantunque da un atto diverso da quello che contiene la vendita risultasse il contrario. Vedi Grenier, trattato *delle ipoteche*, *tom.* 3, *n.* 383 *a* 385, e Persil sull'articolo 2103 *cod. fran.* (1).

---

zione dell'inscrizione per essere conservato, e d'altronde, come osserva Merlin, *quistioni di dritto* alla voce *option*, e *repertorio* alla voce *résolution*, a colui al quale la legge accorda due azioni, l'errore sulla scelta non pregiudica, ed è chiaro che il venditore non ha inteso di avvalersi del privilegio se non colla intenzione di essere soddisfatto, senza la menoma intenzione di rinunziare all'altra azione dello scioglimento del contratto, che la legge gli accorda per conseguire l'istesso fine. Vedi le decisioni riportate dagli autori del commentario sulle leggi civili.

(1) Il privilegio, di cui è oggetto nell'articolo, si estende

Relativamente al privilegio espresso col numero 2, osserviamo che per potersi verificare il privilegio si richiede il concorso simultaneo di due circostanze, cioè 1. che sia autenticamente provato coll'atto d'imprestito, che la somma era destinata a questo impiego; 2. che nella quietanza del venditore, ovvero nell'atto medesimo del pagamento fattogli, sia espresso di essersi soddisfatto il prezzo con que' danari presi in prestenza.

Ma se più persone han successivamente prestato il danaro per l'acquisto di un immobile, e tutte hanno adempito alle formalità per ottenere il privilegio, questo si esercita per contributo senza prelazione a colui, che avesse mutuato il primo il danaro, perchè i privilegii si regolano dal grado, e non dalla data dell'impiego, *non ex tempore, sed ex causa existimantur*. Persil, *regime ipotecario, art.* 2103 *cod. fran.*; e Grenier, *tom.* 3, *luogo citato*, *n.* 394.

In quanto al privilegio espresso col numero 3, osserviamo che questo privilegio, comunque non riconosciuto dal dritto romano, trae non pertanto origine dalle leggi 14 *cod. famil. erciscund.*, 7 *cod. commun. utriusque iudicii*, 65 *de eviction.*, le quali accordavano a' coeredi, in caso di evizione de' beni tra essi divisi, un'azione personale detta *praescriptis verbis* per le compensazioni e pel conguaglio delle quote ereditarie, e quest'azione costituiva un dritto di regresso in favore del condividente, che avea sofferta l'evizione contro del suo condividente, col quale erasi diviso sempre sotto la tacita

---

esso al permutante, al donante, al compratore, contro il quale si esercita il dritto di ricompra? Troplong, *n.* 213 *a* 216, *tom* 1, opina ragionevolmente per la negativa.

*

condizione, che ciascuno godesse pacificamente dei beni compresi nella sua quota. La mancanza della condizione facea rivivere il suo dritto di proprietà sul fondo ricaduto al suo condividente, e quindi egli esercitava piuttosto un'azione vindicatoria sulla quota del condividente istesso sino alla concorrenza di ciò che mancavagli per essere eguagliato a lui. Vedi Merlin, *repertorio*, alla voce *hypothéque*, *sez. 1*, §. *8*, *n. 9*.

Le nuove leggi hanno convertito questo dritto di regresso in un dritto di privilegio, che compete non solo a' coeredi sugl'immobili dell'eredità pel caso di evizione de' beni tra essi divisi, e per le compensazioni e pareggiamenti delle quote ereditarie, ma eziandio a tutti coloro che avessero posseduto una proprietà in comune, ed anche agli sposi che dopo lo scioglimento del matrimonio avessero tra essi divisa la loro comunione, come chiaramente risulta dall'articolo 1995 (-2109-). Vedi Persil, *regime ipotecario*, sull'articolo 2103; e Pothier, trattato *della comunione*, *part.* 5, *art.* 5, *n.* 762.

In quanto al privilegio espresso col numero 4, osserviamo 1. che tal privilegio non può esperimentarsi se non quando gli artisti indicati facessero comprovare lo stato de' luoghi, prima di cominciare il lavoro sull'immobile, per mezzo di un perito nominato di uficio dal tribunal civile, e le loro opere sieno verificate da un perito anche nominato di uficio entro sei mesi dal dì in cui hanno avuto compimento; 2. che questo privilegio non si esercita che sull'aumento risultato da' lavori che si son fatti, e sino alla concorrenza della maggior valuta dell' oggetto, *in quantum res pretiosior facta est;* 3. che il privilegio non può esercitarsi se non quando gli aumenti prodotti da lavori degli

architetti esistano tuttavia all' epoca dell'alienazione dell' immobile; 4. finalmente, che il privilegio degli architetti, limitandosi solo alla maggior valuta dell' immobile, è *poziore* al privilegio dell' istesso venditore, i di cui dritti non sono punto pregiudicati. Vedi Persil sull' articolo 2103, *codice francese*.

In quanto a' privilegii enunciati col numero 5, osserviamo che, per potersi esperimentar il privilegio in favore di colui che dà danari per pagare, o rimborsare gli operai che hanno ricostruito o riparato un edifizio, bisogna che sia giustificato l' impiego con atto autentico dell' imprestito o del pagamento o colla ricevuta degli operai.

Finalmente, osserviamo che i beni immobili per loro natura non solo, ma anche quelli dichiarati tali per la loro destinazione, possono essere il soggetto di un privilegio, e che se i beni immobili per l' oggetto cui si riferiscono sembrano sottrarsi da tal peso, i loro effetti però possono esservi soggetti. Vedi Persil, *regime ipotecario*, sull' articolo 2099 *cod. franc.*, *n.* 5 *ad* 11 (1).

---

(1) I privilegii sugl' immobili colpiscono indubitatamente i beni mobili, che la legge dichiara immobili per destinazione; ma può il privilegio stabilirsi sull' usufrutto, sulle servitù prediali, sulle azioni che tendono a rivendicare un immobile, le quali tutte vengono annoverate nella classe degl' immobili per l' oggetto cui si riferiscono?

In quanto all' usufrutto l'affermativa non sembra dubbia, perchè l' usufrutto sussiste da per sè, e d'altronde è indubitato ch' esso può formare oggetto di un' espropriazione forzata; art. 2105 (- 2204 -); ma per le servitù la risoluzione non può essere che negativa, egualmente che per le azioni tendenti alla rivendicazione di un immobile, come l' azione rescissoria per lesione di nullità, l' azione di ricompra, perchè in quanto alle servitù esse non possono

SEZIONE IV.

De' privilegii che si estendono sopra i mobili e gl' immobili.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 188. Comunque oscurissima fosse la giurisprudenza su i privilegii per dritto romano, comunque le leggi raccolte nel codice e nel digesto presentassero molte antinomie, la di cui intelligenza si rende vie più incerta ed equivoca per le tante decisioni di autori dissenzienti che sembrano contraddirsi in ogni passo, pur tuttavolta, secondo l'opinione più generalmente ricevuta, può dirsi che si estendeano sulla generalità de' beni mobili ed immobili del debitore 1. il privilegio di colui che avea depositato danaro presso un pubblico banchiere senza esigere usura; 2. il privilegio per spese giudiziarie; 3. per spese funerarie; 4. per spese occorse per la fattura d'inventario; 5. per l'insinuazione del testamento; 6. per spese di ultima malattia, ed altre simili. Vedi le leggi 8 *ff. deposit.*; 72 *ff. ad leg. falcid.*; *ult. cod. de iur. deliberandi*; 14 e 45

---

mai distaccarsi dall'immobile per utilità del quale sono state costruite, per cui non possono formare oggetto di un' espropriazione, art. 1973 (-2104-), e le azioni tendenti alla rivendicazione di un immobile, essendo insuscettibili d' ipoteca, art. 2004 (-2118-), non possono nè anche essere suscettibili di privilegio, mentre per le testuali disposizioni dell'articolo 1999 (-2113-) tutt'i crediti privilegiati, che hanno perduto il privilegio, degenerano in semplici ipoteche. Vedi Troplong, *tom.* 1, *n.* 108; e *tom.* 2, *n.* 400. Vedi ancora gli articoli 81 a 92 della nostra legge sull' espropriazione forzata del 29 Dicembre 1828, ed ivi le dotte annotazioni di Fortunato Cafaro.

ff. de religios. et sumpt. funer.; e 17 *ff. de reb. auct. iud. possid.*; non che *i titoli* 2 *e* 4 *del digesto, lib.* 20.

De' privilegii che si estendono sopra i mobili e gl' immobili per dritto francese e vigente.

§. 189. Le nuove leggi estendono sopra i mobili e gl' immobili i privilegii enunciati col §. 183, ma l' azione sugl' immobili non è che sussidiaria, nè può sperimentarsi se non dopo esaurito il valore de' mobili, e dopo averne giustificata la mancanza; per lo che il creditore, il quale vuol concorrere sugli stabili, dee somministrare la pruova della inesistenza de' mobili, o che il loro prezzo sia stato insufficiente, comunque vi fosse concorso. Vedi Merlin, *privilegio di credito*, *sez.* 1, *n.* 3.

Verificandosi poi il caso dell' insufficienza, o dell' inesistenza de' mobili, la legge dispone, che debbono pagarsi prima i crediti enunciati col §. 183; quindi quelli enunciati col §. 187; e finalmente, i crediti enunciati sopra gl' immobili; ma i creditori privilegiati, a' termini dell' articolo 1970 (-2101-), comunque in tal caso non avessero bisogno d'inscrizione riguardo agli altri creditori, debbono però esserne necessariamente provveduti, ove volessero agire sull' immobile passato in mano de' terzi; art. 2060 (- 2166 -). Vedi Delvincourt, *tom.* 9, *lib.* 4, *cap.* 1 *e* 2; non che le note 16, 65 *e* 66 dello stesso autore, *luogo citato* (1).

---

(1) Vedi ancora Grenier, *tom.* 3, *n.* 487, Dalloz alla parola *ipoteca*, *n.* 3 *e* 122, e Persil, *commento all' articolo* 2127 *cod. franc.*

L'inscrizione in tal caso dee procurarsi tra quindici giorni dal dì della trascrizione del titolo di acquisto fatto dal nuovo acquirente, in contrario il creditore comunque privilegiato

SEZIONE V.

De' privilegii del tesoro pubblico.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 190. Negl' interi titoli del codice e del digesto *de iure fisci*, *de privil. fisci*, nella legge *ult. ff. qui potior. in pign. habeant.*, nella legge 1 *cod. in quib. caus. pign. vel hipoth. tacit. contrah.*, troviamo consagrati i privilegii del fisco su i beni di coloro, che aveano con esso contrattato, quando però i beni fossero stati comprati dopo il contratto. Questo privilegio avea luogo tanto per le malversazioni de' contabili, quanto per la riscossione de' tributi e pel ricupero delle spese di giustizia, come rileviamo dalle leggi 34 *ff. de reb. auct. iudic. possid.*, *unic. cod. de paen. fisc.*, 17, 28 e 46 *ff. de iure fisc.*

De' privilegii del tesoro pubblico per dritto francese.

§. 191. Per dritto francese i privilegii del tesoro pubblico erano regolati da leggi particolari. Prima le leggi del 24 Novembre 1790, 19 Luglio ed 11 Agosto 1791, e la legge del dì 11 Brumaio, *anno VII*, e quindi la legge del 5 Settembre 1807, aveano determinato i dritti del tesoro, che non erano punto compresi nelle leggi civili.

Presso di noi questi stessi dritti erano sottoposti

---

non può richiedere che si proceda agl' incanti, nè il nuovo proprietario è tenuto ad altro se non al pagamento del prezzo stipulato col suo contratto; art. 834 e 835 *cod. di proced. franc.*

a decreti ed a regolamenti particolari per l' amministrazione del tesoro e demanio pubblico. Benvero, il privilegio del tesoro non recava mai pregiudizio a' dritti acquistati antecedentemente da terzi, meno per le contribuzioni dirette.

De' privilegii del tesoro pubblico per disposizione del dritto vigente.

§. 192. Il nostro legislatore ha saggiamente creduto utile d' inserire nel codice le disposizioni relative a' privilegii del tesoro, perchè sotto un buon principe i dritti del tesoro non debbono preponderare su quelli de' privati, se non per quanto l' interesse pubblico lo richiede.

Abolite quindi tutte le leggi particolari preesistenti sul proposito, dalle nostre leggi civili si sanziona, che il tesoro pubblico, secondo le circostanze e secondo la diversa natura de' beni, gode ora del privilegio, ora dell' ipoteca (1)

1. Pe' debiti de' contabili (2) a causa di loro amministrazione.

2. Per l' esazione delle contribuzioni dirette.

3. Per ricuperare le spese di giustizia in materia criminale, correzionale e di polizia; art 1975.

Il privilegio pe' debiti de' contabili si esercita da prima su tutti i beni mobili, ma dopo soddisfatti i creditori enunciati cogli articoli 1970 e 1971 (-2101 *e* 2102-).

---

(1) Vedi gli autori del commentario sulle leggi civili, *vol.* 6, *pag.* 157, e Delvincourt sull'articolo 2098 *cod. franc.*

(2) Per contabile s' intende quegli che maneggia ed ha maneggiato i danari pubblici. Vedi Ferriere nel suo dizionario alla voce *contable.*

Quindi, in questa classe non van compresi coloro che sorvegliano all' amministrazione de' contabili.

Tal privilegio si estende anche su i mobili delle mogli separate di beni, che si presumono del marito, se si ritrovano nella casa coniugale, ma le mogli possono giustificare legalmente, che loro pervennero di propria spettanza, o che l'acquisto siasi fatto con danaro di loro proprietà; art. 1978.

In quanto agl' immobili poi il privilegio si esercita su i beni acquistati a titolo oneroso dal contabile posteriormente alla sua nomina, ed anche su quelli acquistati allo stesso titolo da sua moglie dopo la nomina, quando anche questa fosse separata di beni, meno che non provasse legalmente che siansi acquistati con danaro proprio della moglie. Questo privilegio però non nuoce a' crediti enunciati cogli articoli 1970, 1972, 1973 e 1974 (2101, 2103, 2104 e 2105); nè a' creditori del proprietario precedente, i quali vantassero su i beni de' contabili ipoteche legali o debitamente inscritti; art. 1979 e 1980.

Su i beni poi appartenenti a' contabili prima della nomina, o acquistati dopo con titolo gratuito, il tesoro pubblico non vanta che un' ipoteca legale soggetta ad inscrizione; art. 1981 e 1982.

In fine, il tesoro gode un privilegio poziore a qualunque altro creditore privilegiato sulle cauzioni de' contabili consistenti in inscrizioni immobilizzate sul gran libro, o in danaro versato nella cassa di ammortizzazione, che non possono essere attentati da alcun creditore, finchè il contabile non abbia ottenuto un' acclaratoria dopo il conto reso; ma se la cauzione si è data in beni fondi, il privilegio del tesoro non può recare alcun pregiudizio a' dritti precedentemente acquistati da' terzi; art. 1984.

Il privilegio per l' esazione delle contribuzioni

dirette si esercita sulle ricolte, frutti, pigioni e rendite di beni soggetti alla contribuzione in preferenza ad ogni altro creditore, ma solo per due annate, la scaduta e la corrente.

A tal uopo tutt' i fittuarii, inquilini, uscieri, notai, economi, ed in generale tutt' i depositarii o debitori di somme provegnenti da frutti delle proprietà de' debitori soggetti al privilegio del tesoro, saranno tenuti, sulla dimanda che loro ne sarà fatta, di pagare a' ricevitori incaricati della riscossione delle contribuzioni riscuotendone quietanze che saranno loro imputate a conto; art. 1986 e 1987. Il privilegio del tesoro però per l' esazione delle contribuzioni non pregiudica punto il dritto precedentemente acquistato da' terzi; art. 1987.

In fine, il privilegio del tesoro pubblico per lo ricupero delle spese di giustizia non si esercita su i mobili se non dopo soddisfatti i creditori privilegiati, espressi cogli articoli 1970, 1971, 1988 e 1989 (-2101 *e* 2102-).

In quanto agl' immobili poi non si esercita se non quando siasi presa l' inscrizione fra due mesi dal dì della condanna, e sempre viene posposto

1. A' privilegii designati cogli articoli 1970 e 1972 (-2101 *e* 2102-).

2. Alle ipoteche legali anteriori al mandato di arresto, o alla sentenza di condanna, se non vi è stato mandato di arresto.

3. Alle altre ipoteche inscritte prima del privilegio del tesoro, e risultanti da atti, che abbiano data certa anteriore al mandato di arresto, o alla sentenza.

4. Alle spese fatte per la difesa personale del condannato; art. 1991.

Sezione VI.

De' modi co' quali si conservano i privilegii.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 193. Il modo della conservazione de' privilegii era ignoto a' romani, siccome altrove abbiamo osservato.

Sotto gl' imperatori si abolì anche l' uso dei segni indicativi de' pesi de' fondi, e le ipoteche ed i privilegii erano assolutamente occulte, credendosi che la pubblicità degli affari domestici potesse pregiudicare ed offendere i dritti della libertà individuale ed il credito de' cittadini.

Nel codice vi è un intero titolo *ut nemini liceat sine iudici*, col quale si proibisce a' creditori di apporre alcun segno sul fondo del debitore a sè ipotecato senza l' autorità dell' imperatore o della giustizia.

Osservazioni del dritto patrio pria del 1809 relativamente al modo di conservare i privilegii.

§. 194. Anche per dritto patrio pria del 1809, i privilegii e le ipoteche erano occulte, malgrado che colle prammatiche 1 e 7 *de notariis* del 1477 da Ferdinando II d'Aragona si fosse ordinata l'erezione d' un generale archivio, in cui si dovessero registrare tutt' i contratti, testamenti, fedecommessi ec.; malgrado che questa istessa disposizione fosse stata rinnovata da Carlo V nel 1533, da Filippo III nel 1609 colle prammatiche 3 e 4 *de contractibus*; e finalmente da Ferdinando IV colla prammatica del 30 Luglio 1786, queste provvide disposizioni rimasero sempre ineseguite ad onta delle operose cure del Governo, il quale con rescritti de' 3 Maggio 1798 e

30 Agosto 1802 avesse comminato talune pene contro i trasgressori; ma fino al 1804 nel regio archivio appena venivano registrati gli atti de' notai di Napoli e suo distretto.

Colla legge del 25 Giugno 1805, l'obbligo della registrazione fu esteso in tutto il regno, ma vicende politiche ne impedirono la esecuzione, per cui i privilegii e le ipoteche continuarono ad essere involte in quella fatale oscurità, che abbandonava la buona fede senza difesa in balia dell' intrigo e della perversità.

De' modi co' quali si conservano i privilegii per dritto francese e vigente.

§. 195. Parleremo altrove del tempo in cui surse il nuovo regime ipotecario, delle cause che vi diedero luogo, delle contraddizioni che subì, in fine delle due principali basi su cui esso fonda, cioè la *pubblicità* e la *specialità*, che formano il principale pregio del nuovo sistema.

Esponendo in questo luogo i modi co'quali si conservano i privilegii per dritto francese e vigente, osserviamo 1. che per regola generale i privilegii sugl' immobili non hanno effetto fra i creditori se non quando siano stati resi pubblici con le inscrizioni su i registri del conservatore nel modo determinato dalla legge; art. 1992 (- 2106 -) (1).

---

(1) Nel codice francese si soggiungeano le espressioni *ed a contare dalla data di tale inscrizione*, il che avea fatto promuovere il dubbio se il grado del privilegio dipender dovesse dall' epoca in cui fosse stata presa l' inscrizione. Comunque confrontandosi l'articolo 2106 coll' articolo 2134 di quel codice si rilevasse chiaramente che quelle espressioni importavano che l' effetto del privilegio dipender dovesse dalla inscrizione, non il suo grado, a differenza dell' ipoteca

2. Che i privilegii specificati coll' articolo 1970 (-2101-) sono esenti dall'obbligo delle inscrizioni; art. 1993 (-2107-).

3. Che il venditore privilegiato conserva il suo privilegio tanto colla inscrizione, quanto colla trascrizione del titolo, che ha trasferito la proprietà al compratore, quando dal titolo risultasse di essere dovuto il prezzo in tutto o in parte al venditore; art. 1994 (-2108-) (1).

---

che prende grado dal giorno della inscrizione, pur tuttavolta nelle nostre leggi civili sono state interamente soppresse, togliendosi in tal modo ogni ambiguità. Vedi Persil, *regime ipotecario*, sull'articolo 2106; Merlin, alla voce *privilegio di credito*, sez. 3; Delvincourt, *tom.* 9, *pag.* 11; e Grenier, *tom.* 3, *n.* 386.

In vero, l'effetto dell'inscrizione riguardo a' privilegii si è di assegnare al creditore il grado invariabile che gli attribuisce la qualità del suo credito, e di assicurarlo che sopra l' immobile sul quale il privilegio si esperimenta, niun altro creditore può essergli anteposto, o sia, per servirci dell' espressione di Troplong, l' inscrizione non è che una formalità estrinseca, necessaria solamente per consolidare l'effetto del privilegio.

(1) La legge per un maggior favore accordato al venditore dispone che la trascrizione del titolo eseguita dal compratore gli sia sufficiente per garentir il suo privilegio sul prezzo, ma questa disposizione non vieta che il venditore stesso potesse trascrivere, nè impedisce ch' esso potesse fare inscrivere il suo privilegio, ove il contratto di vendita non fosse stato trascritto; e questa inscrizone avrebbe sempre la forza di conservare il privilegio indipendentemente da ogni trascrizione. Vedi Dalloz, alla voce *ipoteca*, *n.* 5; Grenier, *tom.* 3, *n.* 386; Delvincourt, *tom.* 9, *pag.* 11, *not.* 51 *a* 54; Persil sull' articolo 2108, *n.* 13; e Troplong, *tom.* 1, *n.* 285.

Il venditore può inoltre trascrivere l' atto di vendita disteso in forma privata, ed inscrivere eziandio in tal caso il suo privilegio sul prezzo, come risulta da infinite decisioni riportate da' scrittori cennati.

4. Che il privilegio di colui che ha somministrato danaro per l' acquisto di un immobile si conserva parimenti sia per mezzo dell' inscrizione, sia per mezzo della trascrizione del titolo di proprietà. Ciò non pertanto, il conservatore delle ipoteche sarà tenuto, sotto pena di tutt' i danni ed interessi verso i terzi, di fare *ex officio* nel suo registro la inscrizione de' crediti risultanti dall'atto di alienazione tanto in favore del venditore, quanto di coloro da cui si è somministrato il danaro: i quali potranno pure far seguire la trascrizione del contratto di vendita, ove non fosse stata fatta ad oggetto di acquistare la inscrizione di quanto resta loro dovuto sul prezzo (1).

5. Che il coerede o condividente, per conservare il privilegio, che gli accorda l'articolo 1972 (-2103-) su i beni di ciascuna porzione, o sopra i beni posti all'incanto per conseguire il compenso o il pareggiamento della sua quota, dee inscrivere entro sessanta giorni dall'atto della divisione, o della aggiudicazione per incanto: durante il qual tempo non può aver luogo veruna ipoteca su i beni gravati del compenso, o aggiudicati per incanto, in pregiudizio di colui al quale è dovuto il compenso o il prezzo; art. 1995 (-2109-) (2).

---

(1) L'ammissione della inscrizione *ex officio* non nuoce mai al privilegio del venditore, ma se da tale ammissione risulta un danno per i terzi, i quali per tal causa han potuto essere indotti in errore, il conservatore è tenuto ad indennizzarli.

(2) Questa inscrizione può essere presa anche in virtù di una scrittura privata, purchè fosse munita di data certa, perchè, a' termini dell' articolo 738 (-819-), le parti che sono di età maggiore possono anche per atto privato fare una divisione, e sarebbe ingiusto che in tal caso i coeredi o condividenti fossero privati del loro privilegio. Vedi Tarrible alla voce *privilege* in Merlin.

6. Che gli architetti, appaltatori, muratori, ed altri operai per conservare il privilegio loro accordato dal numero 4 dell'articolo 1972 (-2103-) debbono inscrivere 1. il processo verbale comprovante lo stato de' luoghi; 2. il processo verbale di verificazione; ma il loro privilegio ha effetto dall'inscrizione del primo processo verbale, per cui può ritardarsi la inscrizione del secondo finchè gli architetti, muratori ec. non ne saranno richiesti o da coloro che hanno prestato il danaro per pagarli, o da' loro cessionari, o dallo stesso debitore ad oggetto di rendere determinato il privilegio indefinito risultante dall'inscrizione del primo processo verbale; art. 1996 (-2110-).

7. Che i creditori del defunto, tanto ipotecarii non inscritti, quanto per iscrittura privata, ed i legatarii che avessero domandata la separazione del patrimonio del defunto, a' termini dell'articolo 798 (-878-), per conservare il privilegio sopra i beni immobili dell'eredità riguardo a' creditori degli eredi o di coloro che rappresentano il defunto, debbono inscrivere il loro credito sopra ciascuno di tali beni entro sei mesi dal giorno in cui si è aperta la successione, senza che durante tal termine potesse costituirsi veruna ipoteca in loro pregiudizio, sia dagli eredi, sia da' rappresentanti del defunto; art. 1997 (-2111-)(1).

Il termine poi di sessanta giorni si computa dalla data dell'atto e non dalla data del registro, senza computare quello della divisione, o dell'incanto. Vedi Troplong, *tom.* 1, *n.* 293 *a* 314.

(1) Colle nostre lezioni di dritto, §§. 178 e 179, abbiam osservato che, tanto per dritto romano, quanto per dritto vigente, i creditori del defunto possono domandare la separazione del suo patrimonio da quello dell'erede; che questo dritto è inerente alla semplice qualità di creditore

8. Che il privilegio del tesoro pubblico su i beni de' contabili acquistati dopo la nomina, a' sensi dell' articolo 1979, dee conservarsi mediante una inscrizione da prendersi tra il periodo di due mesi dopo la registratura dell' atto traslativo di

---

del defunto, indipendentemente dall' ipoteca, e quindi si può esperimentare anche da' creditori chirografarii e da' legatarii; che, in fine, l' obbligo dell' inscrizione fra sei mesi tende unicamente ad assicurare i dritti de' creditori chirografarii del defunto rispetto a' creditori inscritti dell' erede; art. 798 ed 800 (- 878 *ed* 880 -).

Or ci facciamo il dovere di osservare che il dritto di poter domandare la separazione de' patrimonii impropriamente si è qualificato per un privilegio, perchè non trattasi della preferenza fra creditori di un debitore comune; che l' inscrizione entro sei mesi dal dì dell' aperta successione è richiesta solamente per gl' immobili; che presa l' inscrizione fra sei mesi, il patrimonio del defunto può sempre separarsi da quello dell' erede, abbiano o no i creditori personali dell' erede inscritte le loro ipoteche; che, in fine, quando gl' immobili sieno stati venduti, e non si trovano più in mano dell' erede, il beneficio della separazione svanisce senza potersi domandare sul prezzo non distribuito, com' erroneamente insegna Troplong, *tom.* 1, *n.* 327, perchè la legge, per un omaggio alla buona fede, in termini precisi stabilisce che per potersi dare luogo a tal domanda è necessario che gl' immobili esistano in mano degli eredi; art. 800 (- 880 -). Se però i creditori del defunto ed i legatarii abbiano inscritto il loro privilegio entro sei mesi, noi crediamo che debbono essere sempre preferiti a' creditori dell' erede sul prezzo dell' immobile non distribuito, quando anche non avessero inscritto il credito entro i quindici giorni dal dì della trascrizione, checchè abbia insegnato in contrario Grenier, *tom.* 3, *n.* 435, 436 *e* 437, perchè, durante il termine de' sei mesi, la preferenza del creditore del defunto e del legatario che inscrive nel termine per una eccezione di favore non può essere vinta da verun creditore dell' erede.

proprietà; art. 1980. L' ipoteca legale poi di cui gode il tesoro su' beni de' contabili acquistati a titolo gratuito dopo la nomina, o acquistati prima anche a titolo oneroso, non si conserva nè acquista grado se non dalla data dell' inscrizione; art. 1981 e 1982.

9. Che il privilegio del tesoro su' beni stabili del contabile dati in cauzione si conserva colla inscrizione; art. 1984.

10. Che il privilegio per lo ricupero delle spese di giustizia si conserva parimenti col peso dell' inscrizione fra due mesi dal dì della condanna; art. 1990.

11. Che, in fine, tutt'i crediti privilegiati sottoposti alla formalità dell'inscrizione, pe' quali non si sono osservate le condizioni dianzi stabilite a fine di conservare il privilegio, non lasciano tuttavolta di esser ipotecarii; ma l' ipoteca relativamente a' terzi non prende altra epoca se non che quella delle inscrizioni, le quali sieno state fatte nel modo che appresso sarà spiegato; art. 1999 (- 2113 -).

Era poi ragionevole e giusto il dichiarare, che i cessionarii e coloro, i quali legalmente sono surrogati ne' dritti del creditore, esercitar potessero gli stessi privilegii concessi a' cedenti, e questo dritto si è conceduto anche a colui che paga ciò che è al tesoro dovuto, senza bisogno di formale cessione; art. 1985 e 1998 (- 2112 -) (1).

---

(1) Colle nostre lezioni di dritto, *tom.* IV, *lez.* 1, *cap.* 5, §§. 53, 54, 63 e 64, abbiamo fatto conoscere in che differiscono specificatamente la cessione, l'espromissione, la cessione per indicazione, la delegazione, la surrogazione, benchè tutte comprese sotto il nome generico di cessione, e quivi rinviamo il lettore.

Solamente qui osserviamo

Sezione VII.

Dell' ordine in cui debbono esperimentarsi i diversi privilegii, o sia de' diversi gradi dei credili privilegiati.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 196. Il dritto romano avea stabilita la massima che *privilegia non ex tempore existiman-*

---

1. Che il cessionario a cui si è diffinitivamente trasmesso il dritto del cedente, se il privilegio è inscritto, può trarne profitto, ma può anche prender una nuova inscrizione in suo nome, se così gli piace.

2. Che quando non si trova presa alcuna inscrizione, il cessionario può prenderne una in suo nome, quando anche la cessione si fosse fatta con atto privato, checchè abbia insegnato in contrario Grenier, *tom.* 3, *n.* 389.

3. Che il cessionario può inscrivere eziandio prima di denunziare la cessione, come ha pronunziato la Corte di cassazione di Parigi con due decisioni del 25 Marzo 1816 ed 11 Agosto 1819, riportate da Dalloz alla voce *ipoteca.*

4. Che i differenti cessionarii di un istesso creditore privilegiato, quando anche possedessero titoli di diversa data, concorrono tutti per contributo senza preferenza, e vi ha anche luogo al contributo, quando concorre il cedente che si è riserbata una porzione del credito col cessionario, meno che la cessione non si fosse fatta con garentia per la solvibilità.

5. Che il creditore semplicemente indicato o delegato per ricevere il prezzo di una vendita, non può prendere in suo nome veruna inscrizione contro del compratore, perchè egli non ha acquistato dritti sulla somma indicata, ma può giovarsi dell' inscrizione presa dal venditore e nel di costui interesse come suo mandatario.

6. Che dee dirsi ben altrimenti, quando l' indicazione di pagamento è stata accettata dal creditore indicato, perchè in questa ipotesi egli è un vero cessionario.

tur, *sed ex causa*, ma queste cause non erano state determinate in modo da offrire un ordine invariabile da seguirsi costantemente nel concorso tra più creditori privilegiati. In fatti, Marciano colla legge 45 *de relig. et sumt. funer.*, parlando delle spese funerarie, dà a queste la preferenza, *quae etiam omne creditum solent praecedere*, *cum bona solvendo non sint*, e l'istesso insegnano Papiniano e Pomponio colle leggi 14 *e* 43 *ff.* dello stesso titolo; ma in molte altre leggi si vede accordata la preferenza a diversi altri crediti, com' è da vedersi ne' titoli del digesto *de contrahen. empt.*, *qui potior. in pign.*, *de iure fisci*, *de reb. credit.*, *in quib. caus. pign. vel hypot. tacit. contr.* Vedi Domat, *leggi civili*, *lib.* 3, *sez.* 5, *art.* 2.

In mezzo a tanta incertezza, noi, seguendo l'opinione di Eineccio *in pandect.*, *par.* 6, *lib.* 42, *tit.* 5, osserviamo che nel concorso tra più creditori di uno stesso debitore, doveansi per dritto romano formare cinque classi, cioè

Prima classe. Questa comprendea i creditori privilegiati che si doveano soddisfare in preferenza di tutti gli altri, ed in siffatto ordine si annoveravano 1. le spese della lite; 2. quelle fatte per l' in-

---

7. Che il creditore delegato perde ogni dritto a' privilegii ed alle ipoteche esistenti, meno che non vi sia una espressa riserva in contrario.

8. Che quando la surrogazione si fa dal creditore pagato, egli può come vero cessionario e giovarsi dell' inscrizione esistente, ed inscrivere nel proprio nome; quando poi la surrogazione viene commessa dal debitore, il privilegio si conserva colla trascrizione del titolo, colla inscrizione *ex officio* in favore del mutuante, ed in fine coll' inscrizione che il surrogato può prendere nel proprio suo nome. Vedi Troplong, *tom.* 1, *n.* 362 e 389.

ventario de' beni; 3. le spese fatte pe' funerali del debitore; 4. le spese fatte pe' funerali di coloro che il debitore era tenuto di seppellire;

Seconda classe. Questa comprendea i creditori ipotecarii privilegiati, fra' quali si annoveravano

1. Il fisco riguardo al debito del Primipolo, o sia del capitano della prima centuria, a cui si affidava l' annona militare;

2. Lo stesso fisco per ragion de' tributi;

3. Quelli che prestavano danaro ad oggetto di comprare un grado nella milizia, e che si cautelavano con l' ipoteca;

4. La moglie ed i figli per ragion della dote e del di lei aumento, non già per ragion de' beni parafernali, o della donazione a contemplazione di nozze;

5. Quelli che prestavano danaro per la rifazione di un edifizio;

6. Coloro che prestavano danaro per la rifazione d' una nave o di un' altra cosa, o per la compra di una casa; non altrimenti però se si erano cautelati con l' ipoteca;

7. Il pupillo col cui danaro era stata comprata la cosa;

8. Colui che col suo danaro riscattato avesse taluno da' nemici;

9. Il fisco cui doveasi qualche cosa in virtù di contratti;

10. Il padrone del suolo per ragion del salario.

Terza classe. Questa comprendea gl' ipotecarii semplici, tra' quali aveano luogo i seguenti assiomi, cioè

1. Che l' ipoteca pubblica, o sia quella che si fosse convenuta in un pubblico istrumento, o pure alla presenza di tre testimonii, dovesse preferirsi all' ipoteca privata;

2. Che l'ipoteca antecedente dovesse preferirsi alla posteriore, meno che non vi ostasse un privilegio, od un creditore posteriore non succedesse in luogo del primo;

3. Che nel dubbio se una ipoteca fosse antecedente o posteriore, dovesse preferirsi la condizione del possessore;

4. Che quando la cosa fosse oppignorata in parte a più persone, costoro concorrere dovessero *pro rata*.

Quarta classe. Questa comprendea i chirografarii privilegiati, fra' quali si annoveravano

1. Lo Stato e la Chiesa creditrice;

2. La sposa per ragion della dote;

3. Colui che prestato avesse danaro per comprarsi tutt' altro fuorchè una casa, e che non avesse ricevuto un pegno;

4. Il depositario per ragion del deposito che non più esisteva, purchè non avesse ricevuto usure.

Quinta classe. La quinta, in fine, comprendea i chirografarii semplici, i quali tutti concorreano insieme *pro rata*. Vedi Eineccio, *in pand.*, *par.* 6, §. *260 a 267*.

Non pertanto, tra le antinomie che s' incontravano ne' libri dell' antico dritto e tra le opposte opinioni di autori dissenzienti, fia utile ricordare a' tironi, che, giusta l' opinione di Cuiacio nelle sue osservazioni, *lib. 1*, *cap. 22*, e ne' suoi paratitli al codice, *tit. qui potior. in pign.*, non che di Pothier nelle sue pandette giustinianee, *tom. 1*, *pag. 573*, *n. 26*, *tom.* 3, *pag. 185*, *n. 29*, *e pag. 186*, *n.* 34, per dritto romano tutt' i privilegii, sia quelli istituiti per ragion di causa, sia per ragion della persona, erano tutti personali, e non davano mai luogo all' azione reale se non quando la legge accordava al privilegio una ipoteca tacita, o si era espressamente stipulato che il pegno si sa-

rebbe assegnato come garentia speciale al privilegio stesso; per lo che i creditori privilegiati non aveano preferenza se non sopra i creditori chirografarii, eccettuatene le spese funebri, le quali, sebbene fossero semplici privilegii, e non producessero veruna ipoteca espressa o tacita, aveano nondimeno la preferenza sulle ipoteche. Vedi l'intero titolo del digesto *de relig. et impens. funerum*, e quel che abbiamo detto di sopra, §. 179 (1).

Dell'ordine col quale si esperimentavano i diversi privilegii per dritto del regno pria del 1809.

§. 197. Per quanto ci assicurano i forensi, per giurisprudenza de' nostri antichi tribunali, l'ordine col quale venivano classificati i diversi privilegii era il seguente:

1. La dote era preferita a tutt' i creditori del marito anche anteriori, a' termini delle leggi *assiduis*, *l. 12 cod. qui pot. in pign. habeant.*; ma tale prelazione fu da' dottori ristretta solamente a' creditori che avessero una ipoteca tacita, non a quelli che avessero una ipoteca espressa, nè la prelazione era applicabile all' antefato, perchè Giustiniano colla legge citata si determinò ad accordare

(1) Disputavasi tra gli antichi dottori, se il privilegio e l'ipoteca speciale dovessero preferirsi al privilegio ed all' ipoteca generale, e la quistione era tuttavia *sub iudice*. Neguzanzio, *de pign. et hypoth.*, *n.* 10, *pag.* 51, seguito da Pothier e da Duplesis, davano la preferenza alla specialità; per l' opposto, Donello, *de pign. et hypoth.*, *cap.* 12, e Fachineo, *contr. iuris*, *lib.* 12, *cap.* 28, davano la preferenza al privilegio ed all' ipoteca generale.

Per siffatta contraddizione nel nostro regno erasi introdotta da' notai la formola solita ad apporsi in quasi tutti i contratti, *ne specialitas generalitati deroget, et e contra.*

il privilegio alle donne maritate *ne damnum patiantur, non pro lucro faciendo.*

2. Il fisco ne' beni del contabile acquistati dopo di aver contrattato con lui.

3. Il credito di colui che avea mutuato danaro per la compra del fondo. *L. licet cod. qui pot. in pign. habeant.*

4. Il credito di colui che avea dato danaro per la rifazione della cosa, per la legge *interdum ff. qui pot. in pign. habeant.*, purchè però costasse che il danaro effettivamente siasi impiegato per la riparazione della cosa.

5. Il credito di colui che avesse mutuato la semenza. Mantica, *de tacitis et ambiguis. L.* 11, *tit.* 23.

6. Colui che avesse mutuato danaro per la ricolta de' frutti o delle messi. *L. fundus ff. fam. ercisc.*

7. Il venditore delle merci pel prezzo delle medesime. *L. quidam ff. de in rem verso.*

8. Il venditore de' pascoli pel vitto degli animali. *L. huius ff. qui pot. in pign.*

9. Il padrone del fondo per l' estaglio. *L. in praedis ff. quibus modis pign. vel hypot. tacit. contrah.*

10. Gli avvocati pel loro patrocinio sulla cosa difesa o ricuperata. *LL.* 4 *e* 14 *cod. de advocatis diversor. iudicior.*

11. Il creditore delle spese funebri ed il creditore per le spese dell' ultima infermità, per la legge *penul. ff. de relig. et sumpt. funer.*, e per la legge *legatum cod. eod.*, erano preferiti a tutti i creditori, come lo era eziandio il pupillo del debitore per la legge 39, *ff. de bon. auct. iudic.*, ma solamente per gli alimenti *ne pereat.*

Venivano in seguito i creditori aventi una ipoteca espressa o tacita, de' quali si è parlato colla nota

1 del §. precedente, e quindi i chirografarii. Vedi De Rosa, *pratica civile, sez.* 1 *e* 2; e Moro, *giudizio di concorso.*

Dell'ordine col quale debbono esperimentarsi i diversi privilegii per dritto francese e vigente.

§. 198. Ci è forza di confessare che anche nelle nuove leggi vi è una grande lacuna nel determinare i gradi de' diversi privilegii allorchè concorrono insieme; per lo che nell' immenso numero delle controversie, ch' elevansi tutto giorno nell' applicazione delle leggi nuove, non avvene alcuna, la cui soluzione sia più difficile e la cui disamina più complicata, quanto quella che ha per oggetto l' ordine de' privilegii.

In mezzo alle opposte opinioni de' commentatori del nuovo dritto, noi crediamo dover osservare ai tironi

1. Che l'ordine de' privilegii generali fissato coll' articolo 1970 (-2101-) è invariabile, e deve religiosamente seguirsi nel concorso tra' creditori indicati co' cinque numeri del articolo stesso.

2. Che la legge non ha fissato, nè fissar potea un ordine invariabile e costante tra' creditori speciali sopra determinati mobili od immobili, perchè il grado di favore annesso alla causa del privilegio può variare secondo la specie e le diverse posizioni de' creditori, in guisa che un credito che ottiene la precedenza ad un altro in un dato caso, viene a questo posposto se vi concorrono circostanze diverse.

3. Che all' infuori delle spese giudiziali, gli altri privilegii speciali su' mobili non possono tutti concorrere insieme, perchè, per verificarsi una tal concorrenza, è assolutamente necessario che sieno tutti creditori del medesimo debitore, e che ab-

biano un dritto di pegno comune per fatto di costui (1).

4. Che, verificandosi il concorso tra due o più privilegii speciali su' mobili, non vi è norma certa indicata dalla legge, ma dovendosi consultare le mire del legislatore e l' origine de' diversi gradi de' privilegii, sembra doversi preferire 1. le spese fatte per interesse comune della massa de' creditori, il che comprende le spese giudiziarie e quelle fatte

---

(1) Così, il locatore per l' esperimento del privilegio che ha su' mobili, che guarniscono la casa od il fondo locato, può venire in concorso 1. col vetturale che ha trasportato i mobili; 2. con quello che ha somministrato gli attrezzi per la instruzione del fondo locato; 3. con quello che ha somministrato il danaro per la conservazione de' mobili; 4. col venditore de' medesimi; 5. con quello che ha somministrato il danaro per le spese di procedura e per le spese relative alla distribuzione per contributo.

Il venditore o riparatore di attrezzi rurali non può venire in concorso se non 1. col locatore; 2. o con colui al quale son dovute le spese di procedura per la distribuzione del prezzo per contributo, perchè costoro solamente hanno dritto sul pegno comune.

Il creditore pignorista può trovarsi solamente in conflitto 1. con quello che ha fatto spese per la conservazione della cosa; 2. con quello che a fatto le spese in procedura; 3. col privilegio del vetturale.

Il privilegio del venditore di effetti mobiliari può trovarsi in concorso 1. col locandiere; 2. col vetturale.

Il privilegio del locandiere può trovarsi solamente in concorso 1. col privilegio di colui che ha somministrato il danaro per la conservazione della cosa; 2. con quello che ha somministrato le spese per la distribuzione per contributo; 3. col privilegio del locatore su' frutti; 4. col privilegio del venditore.

Il vetturale può venire in concorso 1. col conservatore della cosa; 2. col creditore di spese giudiziali; 3. col locatore privilegiato su' mobili e su' frutti.

per la conservazione della cosa ; 2. il pegno espressamente o tacitamente convenuto , ciò che si applica a' privilegii del locatore , del creditor pignoratizio, del locandiere , del vetturale, ed al privilegio sulla cauzione de' funzionarii pubblici; 3. la proprietà conservata sotto taluni riguardi fino a che non si è ricevuto il prezzo della cosa alienata a titolo oneroso, ciò che costituisce il privilegio del venditore sul prezzo de' mobili non pagati ; 4. in fine, il favore annesso a taluni crediti per motivi di umanità e di utile publico , solo causa di tutt' i privilegii generali , ad eccezione delle spese giudiziali (1).

Questa gradazione è consigliata dall' equità che si deve sempre seguire nel silenzio della legge, e corrisponde pienamente al diverso valore delle cause che han dato luogo a' diversi privilegii speciali sopra mobili determinati.

5. Che , in quanto a' privilegii speciali sopra gl' immobili , la legge nè anche ha potuto segnare un' ordine invariabile e costante , ma nel silenzio del legislatore, tenendosi presenti i principii esposti col numero precedente,non si tarderà a convincersi che, concorrendo insieme sul prezzo dell' immobile venduto il venditore e quegli che ha somministrato da-

---

(1) Questa gradazione è stata giudiziosamente seguita da Demante , ma egli crede che il grado di ciascun privilegio è indipendente dalla sua estensione sulla generalità dei mobili e sopra alcuni mobili determinati; per lo che forma un quadro di diversi privilegii, col quale, confondendo tanto i privilegii sulla generalità de' mobili, quanto quelli sopra alcuni mobili determinati, segue sempre la norma tracciata col paragrafo. Partendo da questa idea, pone i privilegii generali enunciati co' numeri 2 , 3 , 4 e 5 dell' articolo 1970 (- 2101 -) dopo i privilegii speciali enunciati coll' articolo 1971 (- 2102 -).

naro per l'immobile stesso, quest' ultimo è posposto al primo, perchè a lui surrogato, del pari che concorrendo insieme gli architetti, gli operai e coloro che han somministrato danaro per pagarli, questi ultimi sono posposti al privilegio accordato a' primi, a' sensi dell' articolo 1205 (-1252-).

Concorrendo poi gli architetti e gli operai col venditore dell'immobile, non vi è nel fondo contesa o contraddizione, giacchè gli uni han dritto esclusivamente sul valore del miglioramento e della riparazione, mentre che l' altro dee limitare il suo privilegio sul valore dell' immobile nello stato in cui era prima del miglioramento o della ristaurazione.

In fine, nel caso di concorrenza tra il venditore ed il condividente, la preferenza si deve all'uno od all' altro, secondo che la divisione ha preceduta o seguita la vendita (1).

6. In ultimo osserviamo che i privilegii generali indubitatamente prevalgono a' privilegii speciali

---

(1) Il Demante, *luogo sopra citato*, insegna che, dopo soddisfatti i creditori privilegiati sulla generalità de' beni, su quel che vi rimane debbonsi soddisfare i privilegii speciali sugl' immobili nel modo seguente, cioè

1. Gli architetti, appaltatori ed operai.

2. Il locatore di fondi che ha imprestato somme per pagare gli architetti, operai ec., e ch' è surrogato in conseguenza a' primi.

3. Il venditore sul prezzo dell' immobile venduto pel pagamento del prezzo, ed il condividente per la compensazione e pareggiamento delle quote ereditarie, dovendo tra esse la poziorità regolarsi coll' anteriorità del titolo.

4. Colui che ha somministrato il danaro per l'acquisto di un immobile, ma che deve sempre essere posposto al venditore, perchè egli è tacitamente surrogato a' di lui dritti; ma la surrogazione s' intende sempre fatta purchè non si rivolga a danno del surrogante, o, come diceano gli antichi dottori, *dummodo cessio non officiet cedente.*

sugl' immobili, per le chiare disposizioni dell' articolo 1974 (-2105-); ma non può dirsi altrettanto allorchè vengono in concorso i privilegii speciali sopra determinati mobili co' privilegii generali, poichè, se fosse stata questa la mente del legislatore, non avrebbe mancato di esprimerlo cogli articoli sopra citati, ed è regola d'interpretazione dottrinale di non potersi supplire alla volontà del legislatore, allorchè egli *quod voluit expressit, quod noluit tacuit* (1).

---

(1) La legge ha determinato il grado de' privilegii generali su' mobili tanto nel concorso fra essi, quanto rispetto a' creditori privilegiati sugl' immobili, ma tace interamente sulla preferenza tra questi medesimi privilegii generali ed i privilegii speciali per taluni mobili. Essa serba anche un egual silenzio rispetto all' ordine fra diversi creditori privilegiati sugl' immobili. Nel silenzio della legge, i giureconsulti, i commentatori e gl' interpetri hanno sostituito le loro quistioni sostenute con argomenti più o meno speciali, e con ragioni più o meno solide. In fatti, Grenier, *tom.* 3, *n.* 298, Maleville sugli articoli 2101 *e* 2102, Tarrible citato da Merlin nel suo repertorio alla voce *privilège de créance*, Delvincourt, *vol.* 9, *pag.* 14, Paillet *manuale di dritto*, 5 *edizione*, *pag.* 524, sono d' opinione che i privilegii generali debbano preferirsi a' privilegii speciali sopra determinati mobili.

Per l' opposto, Persil, *commento agli articoli* 2101 *e* 2102 *cod. franc.*, Dalloz, *dizionario* alla voce *ipoteca*, Pigeau trattato *di procedura*, *tom.* 7, *pag.* 515 *e seg.*, insegnano che i privilegii speciali debbano essere preferiti a' privilegii generali; opinione che viene gagliardamente combattuta dal Troplong, *commento all' articolo* 2096 *cod. franc.*, *n.* 74 *ad* 82, e ciò per la ragione che la legge ha riputati i privilegii generali degni di un tal favore, ch' essi hanno effetto sopra la generalità de' mobili, lo che dimostra non dubbia la predilezione del legislatore.

In questa contraddizione di opinioni noi crediamo preferibile quella di Persil, di Dalloz e di Pigeau, riflettendo che tutt' i privilegii speciali fondano su' riguardi dovuti 1. alle

CAPITOLO III.

Delle ipoteche.

Principii del regime ipotecario presso i romani.

§. 199. L' ipoteca, come abbiamo osservato col §. 170, era ignota agli antichi romani, poichè

---

spese fatte per interesse comune de' creditori; 2. al pegno; 3. alla proprietà conservata; mentre che i privilegii generali, all' infuori delle spese giudiziali, non fondano che sopra motivi di pietà e di umanità, di cui la causa non può sicuramente vincere nè il favore dovuto al pegno, nè quello dovuto alla proprietà conservata, perchè si può essere pio ed umano a spese del debitore, e non sulla roba del creditore ed in di lui pregiudizio.

Per queste ragioni noi crediamo che nel concorso tra privilegii generali e privilegii speciali sopra determinati mobili, le spese giudiziali occupar dovessero il primo grado, salva la eccezione stabilita in favore del locatore dall'articolo 745 leg. di procedura ne'giudizii civili (- 662 *cod. di proc. franc.*-), e che in conseguenza i privilegii indicati coll'articolo 1971 (-2102-) dovessero preferirsi a' privilegii indicati co' numeri 2 a 5 dell'articolo 1970 (-2101-); che concorrendo, per l'opposto, i privilegii generali indicati coll'articolo 1970 (-2101-), ed i privilegii speciali sugl'immobili indicati coll'articolo 1972 (-2103-), dovessero preferirsi i primi per le chiare disposizioni dell' articolo 1974 (-2105-); che nel concorso di più privilegii speciali sopra mobili, tenendosi sempre presenti le diverse cause di favore da cui traggono origine i diversi privilegii, debbonsi preferire le spese fatte nell' interesse di tutti i creditori, salva l' eccezione in favore del locatore per l' articolo 745 leg. di procedura ne' giudizii civili (- 662 *cod. di proc. franc.* -), quindi seguir debbono quelli che fondano sul pegno, e finalmente quelli che fondano sulla proprietà conservata.

Così, concorrendo su' mobili che guarniscono la casa od il podere 1. il locatore; 2. il vetturale che ha trasportato i mobili; 3. quegli che ha somministrato gli attrezzi rura-

essi, per assicurarsi dell' adempimento degli obblighi contratti, non conoscono altro espediente che il pegno che passava in possesso del creditore, sia che la cosa data in pegno fosse mobiliare, sia che fosse immobiliare. *L. 9 ff. de pignor. act.*

In seguito improntarono da' greci il nome e l' uso dell' ipoteca, ed allora la cosa costituita in ipoteca non passava nel possesso del creditore, ma si piantava una colonna di legno, o un palo (1),

---

li; 4. quegli che ha somministrato il danaro per la conservazione de' mobili; 5. il venditore de' mobili medesimi; 6. quegli che ha erogato le spese di procedura; sembra che la preferenza, in forza dell'articolo 745 leg. di procedura civile (- 662 *cod. di proc. franc.* -), dovesse accordarsi al locatore trattandosi di fondi urbani, ma trattandosi di fondi rustici dev' essere preferito colui che ha somministrato gli attrezzi de' quali ne reclama il prezzo, giusta il terzo comma dell' articolo 1971 (-2102-).

Seguono quindi le spese giudiziali, perchè fatte nell' interesse della massa di tutt' i creditori; indi il vetturale pel favore dovuto al pegno; in seguito l' operaio che ha fatto le riparazioni; poscia quegli che ha speso il danaro per la conservazione de' mobili; ed in ultimo il venditore de' mobili stessi.

Così ancora, concorrendo il creditor pignorista 1. con le spese di procedura; 2. con le spese fatte per la conservazione della cosa; 3. col vetturale che ha trasportato i mobili; sembra che le spese di procedura dovessero occupare il primo grado e l' ultimo il creditor pignorista.

Con questa stessa norma possono risolversi tutt' i diversi casi di concorso fra differenti privilegii speciali sopra mobili determinati.

Del resto in una materia tanto difficile ed intrigata, noi volentieri sottomettiamo queste nostre osservazioni alla censura de' saggi, a di cui giudizio intendiamo sottoporci senza riserba.

(1) Questi segni erano detti *brandoni*, e consisteano in alcuni tortori di paglia messi in capo a bastoni piantati a terra.

sopra cui si scrivea il nome del creditore per far conoscere al pubblico che la cosa era ad ipoteca soggetta. *LL.* 1 *e* 9 *ff. de pignor. act.*

Sin da' primi tempi tre specie d'ipoteche erano conosciute in Roma:

1. L' ipoteca legale tacita, la quale era stabilita dall'editto del pretore. *Tot. tit. cod. de praet. pign., et in Ghothof.*

2. Si conoscea l' ipoteca giudiziale *ob causam iudicati.* §. 1 *cod. si in caus. iud.*

3. In fine, un'ipoteca potea essere costituita mediante la convenzione delle parti, come meglio spiegheremo co' §§. che seguono.

Delle ipoteche per dritto del regno pria del 1809.

§. 200. Il dritto patrio pria del 1809 seguiva le stesse teorie del dritto romano relativamente alle ipoteche; se non che non era tra noi riconosciuta l'ipoteca su' mobili, come osserva Aloe in Domat, *tom.* 2, *lib.* 3, *tit.* 1, *sez.* 1, *nota* 1, e salve poche distinzioni introdotte da' forensi che saranno da noi notate co' §§. che seguono. Esse erano tutte occulte, malgrado i diversi provvedimenti del Governo per l' erezione di un generale archivio, come si è osservato col §. 194.

Si è parlato di questi segni in due luoghi di Demostene, in uno de' quali il testatore ordina che si mettessero taluni *brandoni* sulla sua casa, che lasciava ipotecata alla figlia per mille dramme assegnatele in dote; ed in un altro Fonippo, che pretendea aversi ipotecata una eredità, fu citato a mostrarne i segni.

Plutarco poi nella vita di Solone ci assicura ch' egli si era vantato di aver tolti tutt' i *brandoni* nel territorio dell'Attica. Vedi Plutarco nella vita di Solone, e Demostene nella sua orazione. Πρὸς σπουδίαν.

Delle ipoteche per dritto francese e vigente. Principii del nuovo sistema ipotecario. Definizione dell' ipoteca e conseguenze che ne derivano.

§. 201. Le nuove leggi, intente a proteggere con egual successo ed il cittadino che vuol credito, e quello che vuol farne, han tentato di risolvere il gran problema di conciliare, cioè, il credito il più esteso con la la più grande sicurezza.

Pubblicità e specialità furono le due principali basi del nuovo sistema ipotecario, e quindi sparirono le ipoteche contratte con atti occulti che non lasciarono alcuna garentia contro la mala fede, ma questo sistema che più volte indarno si tentò di ristabilire sin da' tempi di Arrigo III nel 1581, di Errico IV nel *1606*, e di Luigi XIV nel 1673; questo sistema che gli autori i più istruiti aveano domandato, i ministri più potenti ed accreditati (Sully e Colbert) aveano sollecitato con la loro influenza, combattuta da potenti, paurosi di non potere più assorbire la fortuna de' creduli cittadini che giudicavano sulle apparenze del loro fasto insultante (1); questo sistema, in fine, adottato in Francia dopo

(1) Malgrado gli evidenti vantaggi che offriva il nuovo sistema ipotecario tentato coll' editto del 1771, la posteriore legge del dì 11 Brumaio, *anno VII*, che ha reso invariabile il grado de' creditori mediante l' inscrizione, ed incommutabile la proprietà dell' acquirente mediante la trascrizione, non ha incontrato minori ostacoli per l' intrigo de' potenti che vedeano svanire il loro credito funesto.

All' epoca della compilazione del codice civile in Francia i loro sforzi erano riusciti a combattere la pubblicità e la specialità che loro cagionava tanto spavento, e senza la nobile resistenza di Treillard forse la causa della mala fede sarebbe trionfata. Vedi la giurisprudenza del codice civile di Bavaux e Loisseau, *tom.* 6, *pag.* 46 *a* 60, non che i discorsi del consigliere Treillard e del tribuno Grenier, *esposizione de' motivi*, *tom.* 7, *n.* 105 *a* 106.

tanti sforzi per combattere coloro ch'erano assuefatti a confondere l' abitudine con la ragione, e che faceano soccombere all' intrigo i vantaggi che non poteano dissimularsi, ha ricevuto nelle nostre leggi civili un sensibile miglioramento, come noi osserveremo nel progresso del presente capitolo.

Le nuove leggi di accordo definiscono l' ipoteca per « *un dritto reale costituito sopra gl' im-* » *mobili ad effetto di soddisfare una obbligazione* » *contratta; dritto indivisibile di sua natura ed* » *inerente a' beni in qualunque mano facciano* » *passaggio* »; art. 2000. (-2114-).

Ma questa definizione o non esprime tutt' i caratteri dell' ipoteca, o li comprende virtualmente in modo che n' è difficile l' intelligenza. Noi quindi crediamo con Pothier, *in pandect. Iustinian.*, *tom.* 1, *n.* 17, §. 5, che val meglio definirla per *un dritto reale indivisibile costituito in favore del creditore, sia dalla legge, sia dal giudicato, sia dalla convenzione, su gl' immobili del suo debitore, in forza del quale egli potrà farli vendere giudizialmente per essere pagato sul prezzo del suo credito, senza però poternelo spogliare dal possesso fino al momento che la vendita giudiziale non sarà perfezionata.*

Da questa definizione risulta 1. che l' ipoteca è un dritto reale inerente a' beni immobili, ma il creditore non acquista nè il dominio, nè il possesso della cosa ipotecata; 2. ch' è un dritto indivisibile tanto attivamente, quanto passivamente, per lo che l' immobile su cui trovasi impresso non può essere purgato in parte, perchè esso sussiste sopra la totalità e sopra ogni parte del fondo costituito ad ipoteca; 3. ch' è inerente a' beni in qualunque mano facciano passaggio, per lo che il debitore non può purgare l' ipoteca costituita mediante una

alienazione volontaria o forzosa dell'immobile, senza citare il creditore per essere soddisfatto secondo il grado che gli appartiene ; 4. che l' ipoteca è un accessorio dell' obbligazione principale, per cui non può sussistere quando il debito è stato soddisfatto; 5. in fine, che per nuovo dritto l' ipoteca non può essere costituita che sopra gl' immobili , sia che fossero tali per natura, sia che fossero tali per destinazione, sia che fossero tali finalmente per l' oggetto cui si riferiscono, non che sopra l' usufrutto degli stessi beni e de' loro accessorii pel tempo della loro durata, perchè le nuove leggi riconoscono la massima che i mobili non han seguela per ipoteca. Vedi Merlin, alla voce *hypothèque*, *sez.* 2 , §. 3 ; art. 2004 (-2118-).

Anche le nuove leggi riconoscono la distinzione delle ipoteche in *legali, giudiziali e convenzionali*, secondo che le prime derivano dal voto espresso della legge , le seconde dalle sentenze e dagli atti giudiziali , le ultime dalle convenzioni delle parti, contratte secondo le forme volute dalla legge , come osserveremo co' §§. seguenti, ma oggigiorno non è valida che la sola ipoteca speciale, allorchè si contrae per mezzo della convenzione : art. 2002 e 2003 (-2116 e 2117-).

Sezione I.

Delle ipoteche legali.

Delle ipoteche legali presso i romani , loro origine , e quali crediti godono di un tal beneficio.

§. 202. L'ipoteca legale era riconosciuta presso i romani, stante nel digesto, *lib.* 20 , *tit.* 2 , e nel codice , *lib.* 8 , *tit.* 15 , sono espresse le

diverse cause per le quali il dritto romano accordava l'ipoteca tacita.

Eineccio, *in pandectas*, *part.* 4, *tit.* 2, §. 19 *a* 25, riduce a quattro le cause per le quali si accordava un' ipoteca tacita, cioè 1. per un insigne beneficio; 2. per l'interesse pubblico; 3. per un favore accordato a certe date persone; 4. per una presunta volontà del debitore.

Apparteneano alla prima classe il credito di colui che avea prestato danaro per la ristaurazione di un edificio, o che avea riscattato un prigioniere dagl' inimici; alla seconda il fisco pe' tributi ed il credito dello Stato o delle università su' beni degli amministratori; alla terza il credito che rappresentavano i figli contro del padre per l'amministrazione de' beni avventizii; a' pupilli e minori contro i tutori o curatori; alla moglie su'beni del marito per la restituzione della dote, ed al marito su'beni del promittente per la dote promessa; alla quarta, finalmente, il credito del locatore del fondo urbano sulle cose introdotte nella casa, del locatore del fondo rustico su' frutti prodotti dal fondo, del legatario e del fedecommessario su' beni del testatore. Vedi Eineccio, *luogo citato*.

In quanto all' ipoteca legale delle donne maritate, osserviamo che per antico dritto romano la moglie non avea che un privilegio personale tra creditori chirografarii, come confessa Giustiniano colla legge *assid.*, *cod. qui pot. in pignor.*

S' essa volesse avere un' ipoteca, bisognava che la stipulasse, e quest'ipoteca convenzionale non godea del privilegio del tempo se non secondo il dritto comune. Questo imperatore colla legge 30, *cod. de iur. dot.*, accordò alla donna maritata un' ipoteca tacita e privilegiata sul fondo dotale, sia che fosse stimato, sia che nol fosse, o pure

un' azione reale per rivendicarlo come suo (1). Colla legge poi *unic. cod. de rei uxor. act.*, e colla legge *assid. qui pot. in pign.*, non che

---

(1) Si noti che per dritto romano la dote estimata era di pertinenza del marito, ed anche la dote inestimata *subtilitate iuris* era nel suo dominio civile, ma il dominio naturale appartenea alla moglie. Giustiniano colla legge 30, *cod. de iur. dot.*, volendo munire la donna di una doppia garentia, le accordò un' ipoteca tacita privilegiata sull'istesso fondo portato in dote, considerandolo nel dominio civile del marito, e le accordò contemporaneamente l' azione vendicatoria per ripetere il fondo dotale dalle mani di qualunque terzo possessore, avuto riguardo al dominio naturale che a lei competea sul fondo medesimo.

Colla legge poi *unic. cod. de rei uxor. act.*, e colla legge *assid. cod. qui potior. in pign.*, le accordò un' ipoteca legale su'beni del marito, e la preferenza a tutt' i creditori anche anteriori del marito istesso.

In fine, colla legge 29, *cod. de iur. dot.*, stabilì che se il marito era ridotto *ad inopiam* durante il matrimonio, la moglie potesse impadronirsi delle cose a sè ipotecate, *res sibi supositas*, con quali espressioni si comprendono tanto il proprio fondo dotale a lui ipotecato per la ragione detta di sopra, quanto i beni proprii del marito nel caso che la dote fosse stata mobiliare o in contante. Vedi Cuiacio sulla legge citata.

Ciò posto la moglie durante il matrimonio, *vergente marito ad inopiam*, potea ottener il possesso sia del proprio fondo dotale, sia de' beni del marito ipotecati alla sua dote immobiliare; ma per una eccezione particolare essa non potea farli vendere durante il matrimonio, poichè il dritto che appartenea alla moglie chiamavasi propriamente *assicuratio dotis*, come insegna Fabro, *cod. de iur. dot.*, *definiz.* 2; se il fondo dotale si trovasse dal marito venduto potea far rivocare la vendita, Fabro *luogo citato*; in fine, sciolto il matrimonio avea il dritto sia di rivendicare l'immobile dotale, se non l' avesse ancor praticato, sia di farsi graduare sul prezzo, giovandosi dell' ipoteca privilegiata su tutt' i beni del marito.

colla novella 97, *cap.* 2, accordò alla stessa donna maritata un' ipoteca legale su tutti i beni di suo marito, e volle che questa fosse preferibile a quella di tutt' i creditori anteriori.

L' ipoteca tacita però si esercitava tanto per la garentia sulla dote, quanto sull' aumento dotale, su della donazione *propter nuptias* e per i suoi beni parafernali, ma il privilegio per l' anteriorità non le competea che per la sola dote, come osservano il Perezio, *lib.* 5, §. 12, *in cod.*; il Voet, *in pandect.*, *lib.* 20, *tit.* 2; il Cuiacio sulla novella 97; ed il Fabro nel codice, *lib.* 8, *tit.* 8, *definiz.* 16.

In quanto all' ipoteca legale de' minori ed interdetti essa era stata stabilita da Costantino colla legge 20, *cod. de admin. tut.*, giacchè, come osserva Voet, *lib.* 20, *tit.* 2, *n.* 19, i pupilli per antico dritto romano non aveano su' beni dei loro tutori se non un privilegio *inter personales*, come l' aveano gl' interdetti contro i loro curatori. *L.* 29 *ff. de reb. auctor. iud. possid.*

In fine, l' ipoteca legale dello Stato, dell' università, degli stabilimenti pubblici, si trova determinata in tutt' i titoli del codice e del digesto *de iur. fisc.*, *de privil. fisc.*, *de iur. reipubl.*, non che nel libro 2, *tit.* 3, delle pandette.

Delle ipoteche legali per dritto del regno pria del 1809.

§. 203. Il dritto patrio pria del 1809 riconoscea le stesse ipoteche tacite legali ammesse dal dritto romano, per cui non vi è osservazione a fare.

Delle ipoteche legali per dritto francese e vigente

§. 204. Le nuove leggi accordano l' ipoteca legale

1. A' crediti delle donne maritate sopra i beni de' loro mariti;

2. A quelli de' minori e degl' interdetti sopra i beni de' loro tutori e curatori.

3. A quelli dello Stato, de' comuni e degli stabilimenti pubblici sopra i beni degli esattori ed amministratori, obbligati a rendere conto;

4. A tutt' i crediti privilegiati sottoposti alle formalità dell' inscrizione stabilita a fine di conservare il privilegio; art. 1999 e 2007 (- 2113 e 2121 -).

È poi da osservarsi

1. Che l' ipoteca legale può esercitarsi su tutt' i beni presenti e futuri del debitore; art. 2008 (-2122-).

2. Che l' ipoteca legale delle donne maritate rimonta all' epoca del contratto di matrimonio per argomento dell' articolo 2096 (- 2195 -), si esercita anche pe' beni parafernali, non meno che per gl' interessi e frutti delle doti, e per le spese fatte per la domanda della separazione, checchè abbia insegnato in contrario Grenier, *tom.* 1, *n.* 232, perchè le nuove leggi, mentre le niegano il privilegio che le accordava il dritto romano, le accordano una ipoteca che si estende a tutt' i di loro dritti e crediti tanto per ragione delle loro doti, quanto per le loro convenzioni matrimoniali; art. 1385, 2007 e 2021 (- 1572, 2121 *e* 2135-); nè la donna maritata col regime dotale potrà mai rinunciare alla sua ipoteca legale, perchè ciò sarebbe un' alienazione del suo fondo dotale, checchè abbia insegnato in contrario Troplong, sull' articolo 2021 (1).

---

(1) Sotto l' impero delle nuove leggi, rimosse le sottigliezze dell' antico dritto, la moglie conserva la proprietà del suo fondo dotale, e quindi niun dubbio che in caso di

3. Che l' ipoteca legale de' minori si estende non meno su' beni del tutore, che su' beni di colui il quale n' esercita le funzioni, e comincia dal giorno dell' accettazione della tutela; art. 2121 (- 2135 -); ma non vi ha luogo ad ipoteca legale nè su' beni de' surrogati tutori, nè su quelli de' curatori e de' consulenti, perchè costoro non amministrano. Vedi Merlin alla voce *ipoteca* del suo repertorio (1).

---

alienazione essa possa istituire l azione di rivendicazione; art. 1365 (-1552-); ma in forza dell'ipoteca legale, che la legge le accorda su tutti i beni del marito per la sua dote e convenzioni matrimoniali, ella potrà, nel caso che il suo interesse lo esiga, esperimentare l'azione ipotecaria per garentirsi da qualunque perdita, come chiaramente risulta dalla compilazione degli articoli 2007, 2021 e 2096 (- 2021, 2135 *e* 2195 -).

Benvero, se durante il matrimonio ella concorre al giudizio di graduazione, il suo dritto all'azione di rivendicazione non rimane che sospeso; se, per l'opposto, ciò avviene dopo lo scioglimento del matrimonio, allorchè essa è già libera, in questa ipotesi il dritto all' azione di rivendicazione rimane estinto, perchè esaurito il dritto di scelta che le accordava il beneficio della doppia garentia, colla quale è stata sovvenuta dal legislatore.

(1) Si è quistionato, se a' minori competesse l' ipoteca legale su' beni del tutore surrogato, su' beni de' contutori ne' casi in cui dev' esserne nominato uno, ed in fine su i beni de' consulenti nominati a' prodighi e sù quello dei contutori, ma è chiaro che la quistione dee risolversi per la negativa in quanto a' primi, perchè essi non amministrano i beni del minore, ma ben compete l' ipoteca legale contro de' contutori a' termini degli articoli 318 e 338 (- 296 *e* 417 -). Essa poi non compete nè anche contro i beni del tutore nominato, per eseguire le sostituzioni permesse a favore de' nipoti del donante o del testatore, perchè, a' termini degli articoli 1011 a 1028 (- 1055 *a* 1072 -), il tutore in ta' casi non amministra, ma ha taluni doveri di semplice sorveglianza per l' adempimento de' quali la legge lo sottopone ad una obbligazione personale; art. 1029 (-1073-)

4. Che le ipoteche legali dello Stato, de' comuni e degli stabilimenti pubblici non si esercitano che su' beni degli esattori ed amministratori obbligati a rendere conto direttamente al tesoro, i quali sono depositarii e conservatorii de'danari pubblici. Vedi Merlin, *luogo sopra citato.*

5. Che, in fine, l'adizione dell'eredità non stabilisce un'ipoteca legale su' beni dell'erede pel pagamento de' legati e de' debiti dell'eredità, come ha dimostrato Grenier, *tom.* 1, *n.* 229, ma il legatario ha una ipoteca legale su' beni dell'eredità pel pagamento del suo legato per essere soddisfatto dopo pagati li debiti; art. 935, 966 e 971 (-1009, 1012 *e* 1017-).

SEZIONE II.

Delle ipoteche giudiziali.

Delle ipoteche giudiziali per dritto romano.

§. 205. L'ipoteca giudiziale non era riconosciuta dal dritto romano, ma fu introdotta da Giustiniano, il quale colla legge 2 *cod. de praetor. pign.*, si esprime così: *Veteris iuris dubitationem decidentis ad duplum genus hypothecarum respeximus: unumquidem quod ex conventionibus, et pactis hominum nascitur: aliud quod a iudicibus datur, et praetorium nuncupatur.* Il pegno pretorio, di cui si tratta nelle pandette, *lib.* 42, *tit.* 4, per antico dritto romano consistea nel possesso che il pretore accordava ne' tre casi *rei servandae causa*, allorchè il debitore era assente, o latitante; *legatorum servandorum gratia, et ventris nomine.* Nel primo caso che fa nella nostra specie, permetteasi ai creditori di vendere i beni del debitore, quando

questi latitava *fraudationis causa*. Vedi l'intero titolo del digesto *quibus ex causis in possessione eatur*, e Pothier *in pandectas Justineaneas, lib.* 42, *tit.* 4.

Il pegno giudiziale poi per antico dritto romano competea a quel creditore, il quale dopo di aver ottenuto un giudicato ricorrea al giudice incaricato dell' esecuzione della sentenza, e questi, dopo di aver conosciuto se vi era o no giudicato, lo immettea nel possesso de' beni per tenerli *mera custodia* per un determinato tempo, scorso il quale, se il debitore non pagava, il magistrato nominava un messo, che procedea al sequestro de' beni, e quindi dopo l'elasso di due mesi procedea alla vendita *sub hasta*. (1).

Il possesso accordato al creditore affine di custodire i beni del debitor latitante costituiva il così detto *pignus praetorium*, il sequestro poi che precedea la vendita costituiva il così detto *pignus iudiciale*; ma nell' uno e nell' altro caso il possesso a titolo di pegno era piuttosto l' effetto dell' esecuzione o del pignoramento, che di una ipoteca; però Giustiniano colla legge citata decise, che siccome il pegno convenzionale potea ricuperarsi dal creditore ipotecario, se ne avesse perduto il possesso, così potesse del pari ricuperarsi il pegno pretorio dal creditore, sia quando egli era investito del possesso *mera custodia*, sia quando si era proceduto al se-

---

(1) Vedi Pothier *in pandectas Iustinianeas, lib.* 42, *tit.* 1, *sez.* 4.

Vi erano altri mezzi com'eseguirsi le sentenze, cioè, *manus militaris*, *nexus cui successit incarceratio*, *et pignorum capio*, com' è da vedersi al *libro* 42, *sopra citato*.

Circa la forma dell'esecuzione vedi la legge 9, *cod. de execut. rei iudic.*, e Callistrato, *lib.* 2 *cognit.*

questro, assimilando in tal modo il pegno pretorio al pegno convenzionale. Vedi Cuiacio, *risposte papinianee*, *lib.* 11, alla legge 12 *pro empto*.

È poi d' avvertirsi che il pegno pretorio non avea luogo nelle azioni reali se non per la cosa che formava l' oggetto della condanna; ma nelle azioni personali il creditore per dritto antico ottenea il possesso di tutt' i beni del debitore, e per dritto Giustinianeo solamente *iuxta mensuram declarati debiti*.

Quando poi si eseguiva il sequestro si cominciava da' mobili, poi si passava agl' immobili, e finalmente si sequestravano i crediti e le azioni. Vedi l'intero titolo del digesto *in quib. caus. in possess.*, e l' autentica *qui iuvat*, *cod. de bon. auct. iud. possid.*

Delle ipoteche giudiziali per dritto francese e vigente.

§. 206. L' ipoteca giudiziale, secondo lo spirito delle nuove leggi, è ben diversa da quella de' romani. Essa deriva, come abbiamo sopra osservato, dalle sentenze e dagli atti giudiziali, ma rimonta all'istante della pronunziazione, e colpisce tutt' i beni presenti e futuri del condannato; art. 2009 (-2123-).

Le sentenze poi possono essere sia contraddittorie, sia contumaciali, sia diffinitive, sia provvisionali, purchè contenghino una condanna, o presuppongano l'esistenza di un debito o di una obbligazione (1).

---

(1) Ciò che si è detto delle sentenze rese dalle autorite dell' ordine giudiziario, vale ancora per le sentenze rese dall' autorità dell' ordine amministrativo. Ogni magistrato autorizzato a pronunziar condanna può rendere una sentenza produttiva d' ipoteca; che anzi la sentenza resa da un

Le sentenze degli arbitri però non producono ipoteca se non dopo esecutoriata dal presidente del tribunal civile, e le sentenze pronunziate anche dai magistrati ordinarii in paese straniero non producono ipoteca se non quando ne sia stata ordinata la esecuzione da un tribunale del regno.

Può ancora derivare l'ipoteca dalle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte ad un atto di obbligo steso con iscrittura privata, ma è indispensabile che tali ricognizioni sieno fatte innanzi al tribunal civile solo competente per simili giudizii; art. 2009 (-2123-); ed art. 287 leg. di proc. civ. (-193 *cod. di proc. franc.* -).

Sezione III.

Delle ipoteche convenzionali.

Delle ipoteche convenzionali per dritto romano.

§. 207. L'ipoteca convenzionale per dritto romano costituivasi mediante la sola convenzione delle parti, sia che la convenzione fosse racchiusa in un atto pubblico, sia in una scrittura privata, sia anche verbalmente. *Contrahitur hypotheca per pactum conventum et sine scriptura. L. 4 ff. de pign. et hypoth.*

---

giudice incompetente sarà produttiva d'ipoteca finchè non venga annullata dal magistrato competente nelle forme e ne' modi voluti dalle leggi di procedura civile.

Per le ricognizioni poi fatte agli obblighi distesi in iscrittura privata si richiede assolutamente che la ricognizione sia fatta innanzi al tribunal civile, nè sarebbe affatto sufficiente una ricognizione fatta innanzi a notaio od innanzi ad un giudice regio, come risulta dalla discussione del Consiglio di Stato. Vedi Persil, *regime ipotecario, tom. 1, pag. 306.*

L'imperator Leone però proibì le ipoteche verbali. *L.* 11 *cod. qui pot. in pign.*

L' ipoteca convenzionale potea comprendere tutt' i beni del debitore, ed era detta generale; *l.* 2 *ff. qui pot. in pign.* ; potea comprendere uno o più fondi designati dal debitore, ed era detta speciale ; *ll.* 2 *cod. de pign.*, *e* 9 *cod. de distrac. pign.*; ma questa specialità non rassomigliava punto a quella che conosciamo oggidì.

L' ipoteca generale potea comprendere i beni presenti e futuri del debitore, *bonorum vel postea quaesitorum*, *et quae nondum sunt; ll.* 1 *e* 15 *ff. de pign.* Che anzi in seguito si permise potersi ipotecare i soli beni futuri: *Ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur. L. ult. cod. quae res pign. dari possunt.*

Era poi massima tra' creditori ipotecarii che il più antico primeggiasse gli altri , e che l' ipoteca generale fosse preferita alla speciale. *LL.* 4 *e* 7 *cod. qui pot. in pign.* ; 2 *e* 6 *ff. eod.*

I soli privilegii erano anteposti a tutti gli altri crediti, quando godeano di un'ipoteca tacita od espressa , come si è detto col §. 179.

I mobili erano presso i romani suscettibili d'ipoteca , ma a senso di una costituzione dell' imperator Federico, un coltivatore non potea ipotecare i suoi istrumenti aratorii: *ut nullus invenietur, tam audas, ut personas , boves, et agrorum instrumenta* ; *aut si quid aliud sit quod ad agrorum operam rusticam pertineat, invadere aut capere. Authen. agricultores*, *cod. quae res pign. obl. L.* 8 *eod.*

L'ipoteca costituita sopra un immobile si estendea anche sugli accessorii , come sull' alluvione , sulla vigna che si fosse piantata sul fondo ipotecato, sulla casa che fosse stata fabbricata ec. *L.* 16 *ff. de pign. et hypoth.*

Siccome poi l'ipoteca consideravasi come una specie di alienazione, così coloro che non aveano facoltà di alienare non poteano nè anche ipotecare, e coloro che aveano sul fondo un dritto sospeso da una condizione, o soggetto a rescissione, poteano ipotecare cogli stessi vincoli, in modo che se la risoluzione del dritto veniva fatta per una causa necessaria svaniva l'ipoteca, ma continuava a sussistere quando la risoluzione si fosse fatta per volontà del costituente. *L.* 3 *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvunt.*

L'ipoteca poi de'minori e degli interdetti era nulla senza l'autorità del magistrato; *l.* 1 *ff. de reb. eor. qui sub tut.*; ma, se l'ipoteca non veniva impugnata fra' cinque anni dal dì della maggior età, l'ipoteca costituita si considerava valida *ab initio*, come decide testualmente la legge 3 *cod. si maior factus alienat. rat. habuerit.*

Sotto gl' imperatori l'uso de' segni indicativi delle ipoteche fu abolito per le ipoteche convenzionali, o almeno non si permettea servirsene senza la venia del maggistrato, come risulta dall' intero titolo del codice *ut nemini liceat sine iudice*, e dalla novella 17, *cap. 15*; per cui le ipoteche convenzionali erano sempre occulte.

Delle ipoteche convenzionali per dritto del regno pria del 1809.

§. 208. Il dritto patrio pria del 1809 seguiva i principii del dritto romano, ma nel foro si erano introdotte tante distinzioni, la di cui conoscenza era ed è indispensabile per poter valutare la forza delle obbligazioni contratte sotto l'impero di quelle leggi.

L'ipoteca convenzionale divideasi in espressa e tacita, semplicemente generale o semplicemente

speciale, e generale e speciale insieme. Diceasi espressa, quando il debitore in un atto pubblico o privato, od anche per lettere, od in presenza di testimonii, avesse dichiarato di voler obbligare i suoi beni: tacita, quando si presumea che il debitore avesse voluto obbligarlo supplendo la legge alla volontà sua, come nel caso delle obbligazioni contratte in favore del fisco, in favore del locatore su' mobili portati nella casa o nel fondo locato pel pagamento della locazione, in favore di colui che dava danaro per la rifazione della casa, in favore delle donne su' beni del marito. Vedi Aloe in Domat, *tom.* 2, *pag.* 282; e Moro, *pratica civile*, *tom.* 3, *cap.* 25.

Diceasi ipoteca assolutamente generale, quando il debitore obbligava tutt' i suoi beni generalmente senza nominare alcuno con ispecialità: assolutamente speciale, quando nominativamente obbligava qualche fondo, senza nominare nè generalmente, nè specialmente gli altri; in fine, diceasi ipoteca speciale e generale, quando il debitore, obbligando generalmente i suoi beni, nominava specialmente qualcuno che lo sottoponea parimenti ad ipoteca. Vedi gli autori sopra citati.

Era poi solito, allorchè si contraeva un'ipoteca speciale e generale insieme, di apporsi la clausola *ut specialitas generalitati non deroget, et e contra*, per evitare le disposizioni della legge 2 *cod. de pign. et hypoth.*, la quale stabiliva che, sebbene dal debitore ipotecati si fossero in generale ed in particolare i suoi beni a pro del di lui creditore, dal quale su di essi eguale dritto si fosse acquistato, nondimeno, avendo il creditore scelto un fondo ipotecato per la sua soddisfazione, non potea indi avere il regresso sopra degli altri.

Finalmente, in tutti gl' istrumenti che noi di-

cevamo *guarentigiati* vi era la clausola in fine apposta, che per l'osservanza del convenuto le parti obbligavano le loro persone, i loro eredi, ed i beni tutti presenti e futuri colle clausole del *costituto* e del *precario*. Questa guarentigia costituiva allora l'ipoteca (1).

Delle ipoteche convenzionali per dritto francese e vigente.

§. 209. L'ipoteca convenzionale risulta unicamente dalla convenzione delle parti, ma perchè

---

(1) Si è molto disputato sull'origine ed interpetrazione delle voci *cum constitutione praecarii*, ma noi, tralasciando le dispute forensi, possiamo dire con franchezza che queste voci erano veramente barbare; che il *costituto* rendeva l'idea di una tradizione fittizia, la quale si operava dacchè il debitore confessava ch'egli possederebbe la cosa in nome del creditore, costituendosi possessore in nome di lui, o come un conduttore, o come detentore di un pegno; che il *precario* esprimea un possesso conceduto dal creditore a preghiere del debitore, e che dipendea unicamente dalla sua volontà; che, in fine, le due voci *cum constitutione praecarii* non importavano due clausole distinte, ma una clausola sola esprimente lo stabilimento del precario.

La voce *constituto* trae l'origine da un testo del giureconsulto Celso racchiuso nella legge 18 *ff. de adquir. vel amit. poss.*

La voce *precario* poi si rinviene testualmente nella legge 1 *ff. de praecar.*, ove se ne dà la definizione co' seguenti termini: *precarium est quod praecibus potentis conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur.*

Chi avesse vaghezza di conoscere le diverse opinioni dei dottori sull'origine e valore di questa clausola, potrà consultare Ricard sull'articolo 275 della costumanza di Parigi; Chabrou sull'articolo 14 della costumanza di Avvergne, e sopra tutto il Moro, *pratica civile, cap.* 35, §. 304, *tom.* 3.

essa fosse valida, tanto il dritto francese, quanto il vigente richieggono

1. Che colui il quale costituisce l'ipoteca abbia la capacità di contrarre;

2. Che abbia la capacità di alienare;

3. Che la somma per cui si conviene della ipoteca sia certa e determinata dall'atto;

4. Che debba essere stabilita con atto stipulato in forma autentica avanti a due notai, od avanti ad un notaio e due testimonii;

5. Che in un atto autentico costitutivo del credito, o in atto autentico posteriore debba dichiararsi specialmente la natura e la situazione di ciascuno degl' immobili appartenenti al debitore; art. 2015 (-2129-) (1).

È facile il comprendere che coloro i quali non hanno la capacità di contrarre, come i minori, gl' interdetti, gli assenti dopo il possesso ad altri deferitone, non possono nè anche contrarre ipoteche convenzionali valide; ma i tutori, i curatori, gli amministratori potran contrarle per le cause volute dalla legge in forza di sentenza ordinante condanna contro di essi in tale qualità; art. 2012 (-2126-).

Agevole è ancora la conseguenza che si desume dal principio dell' incapacità di potersi costituire una ipoteca da colui ch' è incapace di alie-

---

(1) Per *natura dell' immobile* s' intende lo stato della sua superficie, cioè s' è bosco, prato, giardino, terreno addetto a semina, terreno impiantato di alberi.

La voce *natura* esprime lo stesso che specie dell'immobile, di cui il legislatore fa uso coll' articolo 2015.

Per *situazione* poi s'intende la designazione del comune ove il fondo è sito, non già la sua situazione topografica che poco giovar potrebbe al fine della specialità propostasi dal legislatore.

nare (1), poichè l' ipoteca è una specie di alienazione, ma se l' incapacità fosse temporanea,

(1) Si è promossa quistione per sapere, se fosse valida l' ipoteca sulla roba altrui, sia quando si fosse costituita sotto la condizione che ne divenisse proprietario, sia quando in effetti colui che ha costituita l' ipoteca anche senza tal condizione fosse divenuto proprietario *ex post facto*.

Merlin, *quistioni di dritto*, alla voce *ipoteca*, e Troplong, *tom.* 2, *n.* 517 *a* 528, sostengono l'affermativa, facendosi imporre da' principii del dritto romano, che s'invocano spesso per risolvere le quistioni del dritto nuovo.

In vero, l'ipoteca sulla cosa altrui era nulla per dritto romano, quantunque valida la vendita della roba altrui, come rileviamo dalle leggi 15 *ff. de pignor. et hypoth.*, e 6 *cod si aliena res pign. ec.*; ma se colui che avea costituita l' ipoteca divenisse proprietario *ex post facto*, egli era respinto coll'eccezione *doli mali*, come chiaramente dispongono le leggi 5 *ff. ad Senatus-Consult. Macedon.*, e 41 *ff. de pignorat. act.*, accordandosi in tal caso al creditore l' azione utile ipotecaria in vece dell' azione ipotecaria, come osserva Cuiacio sulle leggi sopra citate. Vedi ancora Fabro, *rationalia*, sulla legge 41 *ff. de pignor. act.*, e Vinnio, *tit. qui pot. in pignor.*, *n.* 31.

L'istesso avea luogo quando l'ipoteca si fosse costituita sopra di un fondo altrui coll'espressa condizione, che il costituente ne acquisterà in avvenire la proprietà, poichè, come si esprime Marciano colla legge 16 *ff. de pignor. et hypoth.*, *aliena res utiliter potest obligari cum conditione si debitoris facta fuerit*.

Ma questi principii possono essi invocarsi sotto l'impero delle nuove leggi, dietro le testuali disposizioni dell'articolo 2015 (- 2129 -), il quale dispone che gl'immobili suscettibili d'ipoteca debbono attualmente appartenere al debitore. Ricorrere alle leggi del lazio per interpetrare il senso delle parole *attualmente appartenenti al debitore*, come han praticato Merlin e Troplong, non ci sembra conforme a quelle regole d' interpetrazione dottrinale unicamente al giureconsulto concesse, tanto più che il nuovo regime ipotecario fonda su due principii di pubblicità e di specialità affatto ignoti al romano dritto; ma indipendentemente da

perchè il dritto di alienazione è solamente sospeso da una condizione, o soggetto ad essere risoluto e rescisso in casi determinati, in questa ipotesi l' ipoteca sarà valida, ma soggetta ad essere risoluta, siccome il dritto su cui ella fonda, per la massima *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*; art. 2011 (-2125-) (1).

---

ciò, la legge 181 *ff. de verbor. signific.*, che s'invoca per spiegare le espressioni *attualmente appartenenti al debitore*, non ha potuto mai prevedere che potesse applicarsi al regime ipotecario istituito diciotto secoli dopo, nè Pothier che l'ha commentata, *in pandect. Iustinian.*, *tom.* 1, *pag.* 558, *n.* 11, potea sognare che dovesse invocarsi per distruggere la testual disposizione dell' articolo 2015 (-2129-).

In fine, stando anche alle espressioni letterali della legge 181 *sopra citata*, essa nè anche è applicabile alla quistione in disamina, dacchè ivi si consagra che l'espressione *appartenere* è applicabile alle cose che sono nel nostro dominio, benchè non possediamo, alle cose che possediamo, benchè non siano nel nostro dominio, e finalmente a quelle cose che non abbiamo ancora, ma che abbiamo un' azione per ottenerle, giusta la parafrasi che ne fa Pothier alle espressioni *pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint.* Or nella nostra tesi colui che ipoteca un fondo altrui colla condizione di divenirne proprietario, non avendone nè il dominio, nè il possesso, nè un' azione per ottenerla, non si sa comprendere come potrebbe costituire un'ipoteca valida *ex post facto.* Vedi inoltre Grenier, *tom.* 1, *n.* 51.

(1) Questa massima fonda sul principio consagrato dalle leggi di tutt'i popoli e di tutt'i tempi, che niuno può trasmettere ad altri dritti maggiori di quelli ch'egli ha. Se, quindi, il dritto ch' egli avea su' beni è svanito, svanir dee per necessità l' ipoteca che n' era la conseguenza.

Ma nella legge 3, *ff. quib. mod. pign. vel hypot. solvuntur*, si trova una bella distinzione che uopo è attendere con iscrupolosa circospezione per non attribuire al principio esposto un' estensione maggiore di quella che gli attribbuisce la legge. Se la risoluzione del dritto, dice la legge citata,

Il terzo requisito tende a rendere non solamente sicura l'obbligazione dell'ipoteca in faccia al debitore, ma eziandio in faccia a' terzi che volessero contrattare con lui, e che ignari dell'ammontare del debito potrebbero diffidare di fare nuovi prestiti. Ma se l'obbligazione che dà causa al debito è condizionale relativamente alla sua esistenza, o indeterminata pel suo valore, il creditore non potrà chiedere l'inscrizione se non fino alla concorrenza di un valore da lui espressamente dichiarato, e che il debitore potrà far sempre ridurre, se sarà eccessivo; art. 2018 (-2132-).

Il quarto requisito tende ad assicurare la certezza dell'atto che contiene la costituzione dell'ipoteca. Oggigiorno non più si può costituire una ipoteca con atti privati, e comunque molti ufiziali pubblici avessero il dritto d'imprimere agli atti il carattere di autenticità, pur tuttavolta a' soli notai è riserbato di potere stipulare gli atti contenenti una ipoteca convenzionale (1).

---

proviene da una causa necessaria indipendente dal fatto del concedente, l'ipoteca necessariamente svanisce: ma se proviene per causa volontaria e pel suo proprio fatto, l'ipoteca continuerà sicuramente a sussistere, poichè la legge non potea permettere che la validità dell'ipoteca dipendesse dal capriccio del costituente. Vedi Fachineo, *controv. iur.*, *lib.* 2, *cap.* 23; e Voet, *lib.* 20, *tit.* 6, *n.* 9.

Con questa distinzione si possono risolvere tutti i diversi casi proposti da Troplong, *tom.* 2, sull'articolo 2011; non che la gran quistione agitatasi tra Merlin, *quistioni di dritto*, alla voce *héritier*, e Toullier, *tom.* 11, sulla validità delle ipoteche concesse da un erede apparente, pria ch'egli avesse sofferta l'evizione per parte del vero erede.

(1) Può costituirsi validamente un'ipoteca convenzionale per mezzo di un atto in brevetto?

Siffatta quistione dee risolversi per la negativa, dietro

Che se l'atto contenente una costituzione d'ipoteca fosse privato, potrebbe acquistare l'autenticità facendosene deposito sia d'ambe le parti, sia dal solo debitore, senza esservi bisogno di ripetersi il tenore dell'obbligazione nell'atto di deposito. Vedi Persil sull'articolo 2127 *cod. franc.*

Ma siocome l'ipoteca è di mero dritto civile, così una ipoteca costituita con atto autentico in paese straniero non sarebbe produttiva di effetti tra noi sopra beni esistenti nel regno, perchè l'ufiziale pubblico di un altro regno non è per noi che una persona privata non rivestita d'alcun potere. Tale atto acquisterà forza obbligatoria, tosto che sarà sottoposto all'esame de' tribunali del regno, e ne sarà ordinata l'inscrizione con sentenza renduto inteso il pubblico ministero; art. 2013 e 2014 (-2127 *e* 2128-).

Il quinto requisito fonda su di una delle basi principali del novello edifizio ipotecario, cioè su quello della specialità. Il creditore vuole una sicurezza ampia ed intera, ma quando gli si accorda ei rimane soddisfatto; e siccome nell'ipoteca convenzionale le parti sono i giudici che debbono esclusivamente regolare la garentia necessaria per l'adempimento delle obbligazioni che si contraggono, così era necessario di accordare loro la facoltà di dichiarare su quali beni l'ipoteca dovesse estendersi, ma di dichiararlo in modo che i terzi non venis-

---

ciò che abbiamo detto colle nostre lezioni di dritto, *tom.* 4, §. 85, *pag.* 252 *a* 254. Se l'atto in brevetto non è autentico, se non è permesso che per le sole obbligazioni personali mobiliari infra i ducati cento, giusta l'articolo 34 della legge organica sul notariato del 23 Novembre 1819, sembra non potersi dubitare che un'ipoteca costituita con atto in brevetto sarebbe nulla.

sero ingannati nel caso che volessero fare nuovi prestiti al debitore, e che potessero altronde valutare la loro futura sicurezza sull' obbligazione di già contratta. È per questa ragione che la legge vieta l' ipoteca generale su' beni futuri; ma se i beni presenti e liberi del debitore fossero insufficienti a cautelare il credito, può egli, esprimendo tale insufficienza, dare al suo creditore il dritto d'inscriversi per l'avvenire sul primo e secondo fondo che acquisterà, siccome è accordato del pari al creditore il dritto o di chiedere al momento il rimborso del credito, o un supplimento d' ipoteca, quando i beni presenti sommessi all' ipoteca fossero periti o deteriorati, in modo da non poter offrire una sufficiente sicurezza al creditore; art. 2015, 2016 e 2017 (-2129, 2130 *e* 2131-).

Queste ragioni però non militano in favore delle ipoteche legali e giudiziali. Le prime tendenti a garentire crediti d'indeterminato valore, nè determinabili se non quando è svanita la causa da cui derivano, debbono necessariamente esercitare la diloro influenza sopra tutti gl' immobili presenti e futuri del debitore, salve le modificazioni che verranno in seguito enunciate, e le ipoteche giudiziali debbono godere parimenti dell' istesso favore, perchè il vincitore dal momento che ha fatto il prestito ha riposato nella garentia che gli offrivano tutt'i beni del suo debitore, de'quali egli potrà ciò non pertanto ignorare e la natura e la situazione; art. 1962, 1963, 2008 e 2009 (-2092, 2093, 2122 *e* 2123-).

In fine, tanto il dritto francese, quanto il vigente, uniformemente dispongono che l'ipoteca estender si dovesse a tutti i miglioramenti sopravvenuti nell' immobile ipotecato, ma quando il miglioramento non è solo il frutto del tempo, ma di-

pende dal fatto di un terzo, l'ipoteca sarà per la parte di tali miglioramenti subordinata a' privilegii previsti col numero 4 dell'articolo 1972, non che a quelli previsti coll'articolo 2096.

Sezione IV.

De' gradi delle ipoteche fra loro.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 210. Il sistema della pubblicità, essendo ignoto a'romani, come abbiamo osservato col §. 199, i gradi d'ipoteca venivano regolati dalla massima *qui prior in tempore, potior in iure. LL. 4 e 7 cod. qui pot. in pign. hab.*

In vero, quantunque in Roma si fosse indrodotto l'uso de'segni su' fondi soggetti ad ipoteca, pur tuttavolta l'apposizione de' medesimi non avea influenza alcuna sul grado de' creditori ipotecarii, come ci assicurano le leggi racchiuse ne' titoli 1 *a* 6, *libro* 20 del digesto, non che nell'intero titolo del codice *qui pot. in pign. ec.*

Non pertanto, nella graduazione tra' diversi creditori ipotecarii seguivansi le seguenti norme:

1. L'ipoteca pubblica, o sia quella che si trovasse trascritta in un atto pubblico, o in un pubblico istrumento, o anche colla presenza di tre testimoni *fide digniores*, era preferita all'ipoteca privata. *LL. 7 ed 11 cod. qui pot. in pign.*

2. Tra più ipoteche dello stesso genere, l'ipoteca anteriore era preferita alla posteriere, purchè non ci ostasse un privilegio, o il posteriore non succedesse in luogo del primo; e questa regola avea luogo, sia che si trattasse d'ipoteca tacita o espressa, necessaria o volontaria, testamentaria o convenzio-

nale, generale o speciale. *LL.* 2, 4, 8, 10 *ed* 11 *ff. qui pot. in pign.*

3. L' ipoteca generale anteriore si preferiva alla speciale posteriore, quantunque dedottane la speciale vi rimanessero altri beni. Quando poi si era costituita un' ipoteca speciale ed obbligati gli altri beni *in subsidium*, in questa ipotesi, se il creditore potea pagarsi co'beni soggetti all'ipoteca speciale, dovea rilasciare tutti i rimanenti agli altri creditori. *LL.* 2 *ff. qui pot. in pign.*, e 2 *cod. de pignor. et hypoth.*

4. In fine, non si riguardava il momento del contratto contenente l'obbligazione principale, ma quello in cui si era costituita l'ipoteca. *LL.* 11 *e* 12 *ff. qui pot. in pign.*

I pubblici registri però furono conosciuti da lungo tempo in Olanda, come rileviamo da Voet *in pandectas, de pign. et hypot., n.* 9 *e* 10; e quindi introdotti ne' paesi della Fiandra francese detti di *Montissement*, come rileviamo dal discorso del consigliere Treillard, *esposizione de'motivi.*

De' gradi delle ipoteche fra loro per dritto francese.

§. 211. Il codice francese, rispettando il principio della pubblicità che forma la principale base del nuovo sistema ipotecario, ha assoggettato all'obbligo delle inscrizioni tutte le ipoteche sieno legali, sieno giudiziali, sieno convenzionali. Con tal mezzo vi sarà *un libro di ragione*, colla di cui scorta potranno scovrirsi in un momento tutti i pesi ch'esistono sulla proprietà; potrà conoscersi il nome e la qualità del debitore, non che lo stato de' suoi beni; con tal mezzo il creditore avrà un grado invariabile nel concorso con altri creditori, e la sicurezza, ch' è sopra l' immobile che gli viene ob-

bligato, non sarà posposta se non a que' creditori che si trovassero inscritti prima di lui; con tal mezzo, in fine, non sarà più possibile che i beni dell' uomo di buona fede passino nelle mani dell' uomo astuto ed immorale, e solo diminuisce il credito de'divoratori dell' altrui fortuna, ciò che ridonda in vantaggio della lealtà, della morale e della buona fede.

Questo principio però dovea soffrire qualche eccezione, poichè l' interesse de' terzi dovea conciliarsi col favore dovuto ad alcuni crediti, per lo che il dritto francese coll' articolo 2135 dichiara che, anche indipendentemente da qualunque inscrizione, l' ipoteca legale esiste

1. In vantaggio de' minori e degl' interdetti sugl'immobili spettanti al loro tutore per la risponsabilità della di lui amministrazione, dal giorno in cui ha accettata la tutela.

2. A vantaggio delle mogli per ragione della loro dote e convenzioni matrimoniali sopra gl'immobili de'loro mariti, da computarsi dal giorno del loro matrimonio.

All'infuori della dote e delle convenzioni matrimoniali, se la moglie ha capitali dotali provenienti da eredità ad essa deferite, o da donazioni a lei fatte durante il matrimonio, la moglie ha eziandio un' ipoteca legale, ma questa non rimonta se non al giorno dell'aperta successione, o al giorno in cui le donazioni han conseguito il loro effetto.

Per ciò che riguarda poi l'indennità de'debiti da essa contratti con suo marito, e pel rinvestimento de'suoi beni proprii alienati, la legge anche le accorda un' ipoteca legale, ma solamente dal giorno dell' obbligazione o della vendita.

In fine, per ciò che riguarda i di lei beni e-

stradotali o parafernali, la moglie ha un' ipoteca legale, ma soggetta all' obbligo dell' inscrizione. Vedi Grenier, *tom.* 2, *n.* 229 *e* 230.

La legge però, mentre si è piegata alle eccezioni esposte in favor di coloro che, o per difetto di capacità, o per riguardi dovuti alla loro delicata posizione, non sono in circostanze di prender cura de' proprii interessi; nè ha inteso di pregiudicare a'dritti de'terzi; nè ha inteso di autorizzare i minori, gl' interdetti, le donne maritate, di sottrarre dalla formalità delle inscrizioni i loro beni in pregiudizio dell' altrui buona fede; per lo che, dopo essersi solennemente sanzionato coll' articolo 2135 che l'esenzione dall' obbligo dell' inscrizione, accordata a'minori, agl' interdetti ed alle donne maritate, non possa pregiudicare i dritti acquistati da terze persone pria della pubblicazione delle nuove leggi, si stabilisce

1. Che i mariti ed i tutori debbono render pubbliche le ipoteche delle quali i loro beni sono gravati, sotto pena di essere considerati colpevoli di stellionato; art. 2136.

2. Che i tutori surrogati sotto la loro risponsabilità personale, e sotto pena di tutt' i danni ed interessi, dovessero invigilare perchè le inscrizioni sieno fatte senza ritardo, coll' obbligo di farle essi stessi eseguire; art. 2137.

3. Che possono anche supplire a tale formalità non solo il regio procuratore presso il tribunal civile, ma eziandio i parenti, ed anche gli amici del marito, della moglie, o del minore; art. 2138 *e* 2139.

L' estensione degli effetti accordata all'ipoteca legale, cagionando grandi imbarazzi a' patrimonii de' mariti, de' tutori, i di cui risultamenti poteano essere più dannevoli per i comodanti o acquirenti

poco accorti, la legge ad oggetto di alleviare il peso di tali ipoteche permette al marito, quando i contraenti fossero di età maggiore, che non si prenda inscrizione per l'ipoteca legale della moglie se non sopra uno, o sopra determinati immobili, e l'istessa facoltà concede al Consiglio di famiglia riguardo a' beni de' tutori; ma dichiara nulla la convenzione, colla quale si fosse stabilito di non prendersi inscrizione alcuna; art. 2140, 2141 e 2142.

Quando poi l'ipoteca non fosse stata limitata, sia coll'atto della nomina del tutore, sia coll'atto della convenzione matrimoniale, potrà domandarsi una riduzione d'ipoteca, nel primo caso dirigendosi la domanda contro il tutor surrogato previo il parere del Consiglio di famiglia, e nel secondo caso avvanzandosi una domanda al tribunale dal marito e dalla moglie unitamente, previo il parere di quattro prossimi congiunti di quest'ultima riuniti in Consiglio di famiglia. Il tribunale vi provvederà, sentito il regio procuratore, ed ammettendosi la domanda di riduzione delle ipoteche sopra determinati immobili, verranno cancellate le inscrizioni prese sopra gli altri; art. 2143 *a* 2145 (1).

---

(1) Ma cessando il motivo per cui si è accordata la riduzione delle ipoteche, potrebbe la riduzione essere rivocata?

Una donna in età minore può acconsentire alla riduzione dell'ipoteca domandata dal marito?

In fine, in qual modo debbon essere convocati i parenti della moglie per dare il loro parere sulla domanda di riduzione dell'ipoteca?

Sulla prima quistione, l'affermativa non può essere messa in dubbio, siccome non può dubitarsi della negativa per la seconda. Vedi Grenier, trattato *delle ipoteche*, *tom.* 2, *n.*

§. 212. Le nuove leggi civili per lo regno delle due Sicilie, non contente delle disposizioni consagrate dal dritto francese per garentire sempre più il sistema di pubblicità, dal quale si è dovuto deviare per la conservazione de' dritti de' minori, degl' interdetti e delle donne maritate, confermando le disposizioni del dritto francese, aggiungono

1. Che i notai, chiamati a rogare l' atto autentico della convenzione matrimoniale, debbono fra venti giorni dal dì della stipula del contratto inscrivere l'ipoteca legale della dote sotto pena di destituzione, e della rifazione de' danni ed interessi, coll' obbligo alle camere notariali di denunziare i notai contranvventori al regio procuratore del tribunal civile, perchè di ufizio dimandi la destituzione; art. 2027 a 2030.

2. Che il giudice di circondario e suo cancelliere sotto pena di sospensione per un anno dalla carica, oltre la di loro risponsabilità personale e l'obbligo della rifazione de' danni ed interessi, non possono consegnare spedizione di alcuna deliberazione de' Consigli di famiglia, se pria non si assicurino della già presa inscrizione su' beni del tutore; art. 2031.

---

268 e 269, checchè abbia insegnato in contrario Persil sull' articolo 2144.

Sulla terza quistione poi niun dubbio che i parenti debbono riunirsi collegialmente per discutere la domanda pria di emettere il loro parere che potranno bene manifestare, sia con atto privato, sia con atto avanti notaio, senza che questa privata riunione potesse elevarsi ad un vero Consiglio di famiglia soggetto alle formalità stabilite dagli articoli 334 a 337 *cod. franc.* Vedi gli autori delle pandette francesi sull' articolo 2144.

Le nuove leggi, facendo prevalere la pubblica utilità de'registri, hanno fatto eziandio sparire una gravissima quistione che agitavasi sotto l'impero del codice francese, se cioè l'ipoteca legale indipendentemente da ogni inscrizione conservasse tuttora il suo grado anche dopo sciolto il matrimonio e cessata la tutela; e se gli eredi di colui al cui credito era attribuita l'ipoteca legale potessero dopo la sua morte godere degli stessi vantaggii senza obbligo dell'inscrizione. Cessati gli ostacoli ond'erano le mogli, i minori e gl'interdetti impediti a prendere le inscrizioni; svanita la causa che avea dato luogo al favor della legge, bisognava ch'essi fossero rientrati all'osservanza del dritto comune, e quindi si è disposto che, sciolto il matrimonio per la premorienza del marito, la vedova per conservare la sua ipoteca legale dovrà prendere l'inscrizione fra il termine di un anno; che fra lo stesso termine di un anno dal dì della maggior età debba il minore divenuto maggiore prendere inscrizione su i beni del tutore per conservare la sua ipoteca legale; che, finalmente, l'erede del minore o della donna maritata debba prendere l'inscrizione fra un anno dal dì dell'aperta successione, ovvero fra il tempo che rimarrà per compiere l'anno, quantevolte sieno succeduti alla donna dopo la di lei vedovanza, o al minore dopo la maggior età: scorso il termine suddetto, l'ipoteca legale de' crediti sopra enunciati non avrà grado se non dal dì dell'inscrizione; art. 2032 e 2033.

CAPITOLO IV.

Del modo della inscrizione de' privilegii e delle ipoteche; non che degli effetti della inscrizione, e tempo in cui dev' essere rinnovata.

Oggetto della inscrizione; in qual tempo si può utilmente inscrivere; forma della inscrizione delle ipoteche legali, giudiziali e convenzionali per dritto francese e vigente.

§. 213. Dopo avere stabilito il principio che la ipoteca non prende il suo grado se non dal giorno dell' inscrizione, è necessario conoscere qual sia lo scopo dell' inscrizione, in qual tempo si possa utilmente inscrivere, quali sieno le forme che la regolano.

La specialità, ben dicea il dotto Grenier, *tom. 1, n. 59*, determina l'ipoteca, ma l'inscrizione fa conoscere questa determinazione particolare, e con questi due mezzi si può giungere alla pubblicità principale, oggetto e scopo del nuovo sistema ipotecario.

Prima però di discendere alla spiegazione delle forme tracciate dal legislatore per assicurarsi della pubblicità, è necessario di avvertire, che l' inscrizione non è obbligatoria pel creditore; essa è una garentia inventata dalla legge in suo favore per preservarlo dalle insidie che potrebbe tendergli la mala fede, ma ei potrà sempre rinunziarvi se potrà fidarsi della morale del suo debitore. La legge, lungi dall'obbligarlo ad inscrivere il credito, lo avverte semplicemente che l' ipoteca che avrà convenuto non acquisterà grado in faccia agli altri creditori del debitore comune se non dal giorno dell' inscrizione.

Ma s' egli volesse inscrivere fra' dieci giorni precedenti al fallimento del suo debitore, o se es-

sendo creditore dell' eredità accettata col beneficio dell'inventario, prendesse inscrizione dopo l'apertura della medesima, l' inscrizione in tali casi era inefficace per disposizione del dritto francese, ma le nuove leggi per lo regno delle due Sicilie, volendo usare indulgenza verso del creditore, dichiarano valida l' inscrizione, quando non sieno trascorsi ancora i quindici giorni dalla data dell'atto fino alla morte del promittente, poichè in questa ipotesi si presume che il creditore non abbia avuto il tempo ad inscrivere il suo credito prima della morte del debitore, allontanandosi il sospetto di frode che avea fatto dichiarare invalida l' inscrizione tardiva dopo l' accettazione dell' eredità col beneficio dell' inventario; art. 2040 (-2146-).

L' inscrizione poi necessaria per dar vita all'ipoteca, che nasce dal titolo, ha per oggetto di far conoscere

1. Il nome, il cognome, il domicilio del creditore, la sua professione, se ne abbia, e l' elezione da esso fatta di un domicilio in un luogo qualunque del circondario dell' uffizio;

2. Il nome, il cognome, il domcilio del debitore, la professione, se sia nota, o una indicazione individuale e speciale, in modo che il conservatore possa in ogni caso conoscere e distinguere la persona gravata dell' ipoteca;

3. La data e la natura del titolo;

4. La somma del capitale de' crediti espressi nel titolo, o valutati dallo inscrivente quanto alle rendite e prestazioni, o a' dritti eventuali, condizionali o indeterminati, ne' casi in cui tal valutazione sia ordinata; come pure la somma degli accessorii di questi capitali, e l' epoca in cui son esigibili;

5. L' indicazione della specie e della situazion

de'beni su'quali vuol conservarsi il privilegio e l'ipoteca.

A tal oggetto il creditore che vuole prendere inscrizione dovrà presentare, o far presentare al conservatore delle ipoteche l'originale o la copia autentica della sentenza, o dell'atto da cui nasce il privilegio o l'ipoteca, unendovi due note scritte sopra carta bollata, in cui saranno espresse le indicazioni sopra enunciate, ed una delle quali sarà restituita al creditore unitamente al titolo, dopo che il conservatore avrà fatto menzione sul suo registro del contenuto nelle note; art. 2042 e 2044 (- 2148 *e* 2150 -).

Queste indicazioni sono necessarie per l'interesse de' terzi, queste formalità sono interessanti affine di dare a'privilegii ed alle ipoteche una pubblicità capace di garentire i creditori da qualunque specie di frode, ma la legge non ha fulminata l'omissione con pena di nullità, per avvertire i giudici ch'essi non debbono dichiarare nulla l'inscrizione se non quando mancano assolutamente le indicazioni necessarie per potersi conoscere il creditore, il debitore, la natura e l'ammontare del credito, ed i beni su' quali gravita l'ipoteca. Le indicazioni ordinate non tendono che a questo scopo, e l'oggetto dell'inscrizione è adempiuto, quando pel modo col quale è concepita, essa manifesta al pubblico il credito privilegiato od ipotecario, che si vuol conservare, per lo che le inscrizioni su' beni di un defunto si possono eseguire con la sola indicazione del medesimo, ed il domicilio eletto sul registro delle ipoteche può sempre cangiarsi sia dall'inscrivente, sia da' suoi cessionarii, quando ne scelga e ne indichi un altro nello stesso circondario; art. 2043 e 2046 (- 2149 *e* 2152 -).

L'osservanza delle formalità stabilite dovea

però necessariamente subire una modificazione rispetto alle ipoteche legali e giudiziali, poichè, affettando esse la generalità de' beni del debitore, ripugna alla natura della generalità il potersi indicare la specie e la situazione degl'immobili che vi sono soggetti; art. 2042 (-2148-). Che anzi per le ipoteche legali dello Stato, de' comuni, de' pubblici stabilimenti, de' minori, degl'interdetti e delle donne maritate, la legge coll'articolo 2047 (-2153-), prendendo in considerazione che tali ipoteche nascono indipendentemente dalle inscrizioni, e che sono sempre relative a' dritti eventuali indeterminati ed indeterminabili se non dopo svanita la causa che gli ha prodotti, stabilisce che l' inscrizione sarà presa con la presentazione di due note contenenti solamente

1. Il nome, cognome, professione, domicilio reale del creditore, ed il domicilio che da lui o per lui verrà eletto nel circondario;

2. Il nome, cognome, professione, domicilio, o precisa indicazione del debitore;

3. La natura de' dritti da conservarsi, e la somma del loro valore quanto agli oggetti determinati, senza l' obbligo di fissarlo per que' dritti che sono condizionali, eventuali o indeterminati.

Degli effetti dell' inscrizione e tempo in cui l' inscrizione dev' essere rinnovata; competenza del tribunale per l'esperimento delle azioni relative alle inscrizioni de' privilegii e delle ipoteche.

§. 214. L' effetto dell' inscrizione riguardo al creditore si è quello di ottenere il grado invariabile ch' egli debbe avere in faccia ad altri creditori del debitore comune; ma se più creditori hanno inscritto nello stesso giorno, il loro grado è eguale, e quindi in caso d' insufficienza essi dovranno concorrere per contributo, quando la natura delle ipo-

teche non fosse favorita dalla legge, come nel caso delle ipoteche legali, o quando l' uno de' creditori si trovasse privilegiato, mentre l'altro è ipotecario; art. 2041 (- 2147 -).

Fra' creditori poi aventi un' ipoteca della stessa natura, il creditore inscritto per un capitale, che produce interesse o annualità, ha il dritto di essere classificato per due annate soltanto, e per l'annata corrente, nello stesso grado in cui è collocata l'ipoteca del capitale; senza pregiudizio delle inscrizioni particolari da farsi producenti ipoteca dal giorno della loro data, per le altre annualità oltre quelle conservate in vigore della prima inscrizione; art. 2045 (- 2151 -).

Questi effetti dell' ipoteca però cessano coll'elasso del duennio, tempo in cui il creditore che volesse conservare il grado assicurato colla prima inscrizione dovrà rinnovarla con le istesse forme stabilite per la pubblicità dell' inscrizione; ma le spese anderanno sempre a carico del debitore se non vi è stipulazione in contrario; art. 2048 e 2049 (- 2154 *e* 2155 -). Per le sole inscrizioni delle ipoteche legali il conservatore dovrà anticipare le spese a credito per farsene rimborsare dal debitore; art. 2049 (- 2155 -), e legge del 21 Giugno 1819 sul registro e sulle ipoteche.

La legge provida, per assicurare l'osservanza delle forme che garentire debbono la pubblicità delle ipoteche, stabilisce che tutte le azioni, alle quali possono dar luogo le inscrizioni contro a'debitori, debbono promuoversi avanti a'tribunali competenti con citazione loro fatta personalmente o all'ultimo domicilio indicato coll' inscrizione, malgrado la morte de' creditori o di quello presso de'quali siasi eletto il domicilio. Il tribunale competente in tai casi non può essere che quello nella di cui provin-

cia sono siti i beni, dacchè l'inscrizione è un esercizio di un dritto reale sull'immobile gravato d'ipoteca, ma questa regola può soffrire talune eccezioni, quando trattasi di una contestazione giudiziaria avente per oggetto la cancellazione di una inscrizione presa, o quando la contestazione diviene un incidente della quistione principale, che si agita in un tribunale diverso da quello della situazione della cosa gravata d'ipoteca; art. 2050, 2051 e 2053 (-2156, 2157 *e* 2159-). Vedi Grenier, *tom.* 1, *n.* 94; e Persil sull'articolo 2156 *cod. franc.*

CAPITOLO V.

Della cancellazione e della riduzione delle inscrizioni.

Oggetto della cancellazione e della riduzione delle inscrizioni; casi ne' quali possono aver luogo; forma per ottenersi; competenza dei magistrati che debbono pronunziare sulle contestazioni che possono insorgere relativamente a tal oggetto per dritto francese e vigente.

§. 215. L'inscrizione, essendo un mezzo tendente a garantire i dritti de' creditori ed a preservare i terzi dalle insidie che potrebbe tendergli la mala fede, è giusto ch'essa sia cancellata o ridotta, secondo che il privilegio o l'poteca fosse estinta, o fosse eccessiva la valutazione fatta per que' dritti eventuali o condizionali, pe' quali si ha facoltà di prendere un' inscrizione su' beni presenti e futuri del debitore. Senza di ciò l' inscrizione, lungi dall' essere un mezzo per allontanare l' usura, lungi dal garentire colui che permuta i suoi capitali co' fondi, lungi in fine dal proteggere il prestito e colui che vuole farlo, essa incepperebbe il commercio e si renderebbe fatale al debitore, il cui debito comunque estinto non lascerebbe di comparire tuttora a

peso suo sussistendo l'inscrizione su' registri del conservatore.

La cancellazione può essere volontaria, o forzosa. Nel primo caso basta un atto autentico contenente il consenso delle parti interessate che abbiano la capacità di farlo; nel secondo è necessaria una sentenza pronunziata in ultima istanza o passata in giudicato, poichè, comunque il conservatore fosse il solo ministro chiamato ad eseguire l'atto materiale della radiazione, non potendo egli elevarsi a giudice per valutare i dritti delle parti, non può prestarsi alla cancellazione se non in uno de' casi sopra enunciati; art. 2051 (-2157-).

Bisogna però che il conservatore per non compromettere la sua risponsabilità usasse del massimo accorgimento per assicurarsi, se l'atto autentico sia stato circondato dalle forme volute dalla legge, se riunisca le condizioni essenziali per la validità delle covenzioni, e trattandosi di una sentenza, se questa abbia fatto o pur no veramente passaggio in autorità di cosa giudicata. Così, il consenso dato da un minore, da un interdetto, da una donna maritata per la cancellazione dell'inscrizione presa in danno del tutore, del curatore, del marito, sarà da lui rigettata, come lo sarà del pari quando anche il consenso si fosse dato dalla stessa donna maritata senza osservarsi le regole stabilite dagli articoli 2034 e 2038 (-2140 *e* 2144-), o quando il tutore del minore ed il curatore dell'interdetto avessero acconsentito alla cancellazione fuori de' casi previsti dagli articoli 2037 e 2038 (-2143 *e* 2144-).

In ogni caso poi di rifiuto per la cancellazione per parte del conservatore, ed in ogni caso che mancasse il consenso della cancellazione, se l'inscrizione fosse stata fatta senza essere fondata nè sulla legge, nè su di un titolo, o quando fosse

stata fatta in forza di un titolo irregolare o soddisfatto, o quando i dritti di privilegio o d' ipoteca fossero legalmente annullati, la domanda della cancellazione dee chiedersi 1. al tribunale del luogo nella cui giurisdizione si è fatta l'inscrizione, allorchè si tratta di una domanda principalmente diretta a liberare l'immobile dall'ipoteca, sia per la estinzione dell'obbligazione, sia per seguito pagamento, sia per compensazione, sia per prescrizione; 2. innanzi al tribunale del domicilio de' creditori, allorchè s'impugnasse il titolo costitutivo dell'ipoteca o del privilegio per causa di nullità o per rescissione, perchè ogni azione per nullità dev'essere promossa innanzi al tribunale del domicilio di colui contro del quale la nullità è richiesta; 3. in fine, davanti al tribunale dove pende la causa principale, allorchè vi è connessione coll'incidente che riflette la cancellazione, perchè in tal caso la sorte dell'inscrizione, dipendendo dall'esito di un giudizio principale pendente presso di un altro tribunale diverso da quello della situazione de' beni, come nel caso di una causa relativa ad una liquidazione tra coeredi o socii incardinata ad un tribunale diverso da quello ove l' inscrizione fu presa; art. 2053 (-2159-). Vedi Grenier, trattato *delle ipoteche*, *tom.* 1, *n.* 94. Se però nella costituzione dell'ipoteca le parti avessero eletto convenzionalmente il domicilio davanti un tribunale da essi indicato, la convenzione dev' essere eseguita; articoli *sopra citati*.

La forma della cancellazione è semplicissima, poichè essa non consiste che nell'obbligo al richiedente di esibire e depositare all' uffizio del conservatore la copia dell'atto autentico contenente il consenso, o la spedizione della sentenza che ha ordinata la cancellazione; art. 2052 (-2158-) (1).

(1) Vedi Grenier, *tom.* 2, *pag.* 113, 118, 135, 136 *e* 154.

In quali casi ha luogo la riduzione? Quali norme dee seguire il magistrato nel pronunziarla per non pregiudicare a' dritti del creditore inscritto?

§. 216. La riduzione per regola generale non può mai aver luogo per le ipoteche convenzionali, art. 2055 (-2161-), perchè l'ipoteca è individua, e la convenzione delle parti, la quale fa legge per esse, non può essere violata (1); ma allorchè trattasi di crediti condizionali ed indeterminati pel loro valore, pe' quali è rimesso al creditore il dritto di esprimere un valore approssimativo, giusta l'articolo 2018 (-2132-), e per le ipoteche legali e giudiziali che si estendono sopra i beni presenti e futuri del debitore, la domanda di riduzione dev'essere ammessa, se le inscrizioni si estendono sopra fondi diversi oltre ciò che bisogna per la cautela de' crediti, o quando il valore di un solo o di al-

(1) Gli autori del commentario sugli articoli 2055 e 2057 insegnano che la riduzione può essere domandata per le sole ipoteche costituite, a'termini dell'articolo 2016, cioè quando il debitore, esprimendo la insufficienza de' beni presenti, acconsente che restino ipotecati i beni che sarà per acquistare nell'avvenire. Con tutto ciò, malgrado il rispetto dovuto alla loro autorità, non meno che a quella di Maleville da essi invocata, noi crediamo tale opinione erronea, poichè dal tenore dell'articolo 2018 risulta espressamente che il debitore ha il dritto di riduzione pe' crediti risultanti da un' obbligazione condizionale o d'indeterminato valore, e quindi non abbiam esitato di abbracciare il sentimento di Persil. Questa nostra opinione altronde non lede in menoma parte il rispetto dovuto alle autorità delle convenzioni, perchè in tali obbligazioni dipendenti dall'evento, comunque il debitore avesse indicato i fondi certi e determinati per l'ipoteca, non ha mai acconsentito alle determinazioni del credito che nell'atto dell'inscrizione è stato dichiarato dal solo creditore, per cui crediamo che con giustizia potesse domandare la riduzione, quando l'inscrizione è eccessiva.

cuno de'fondi soggetti ad inscrizione eccede più di un terzo in beni liberi la somma del credito in capitale ed interessi; art. 2055 e 2056 (-2161 *e* 2162-). Vedi Persil su gli articoli citati.

In ambi i casi enunciati la determinazione dell' ipoteca dipende dalla determinazione del credito, che nel caso delle ipoteche legali è indeterminabile prima che il matrimonio sia sciolto, finita la tutela, reso il conto dal funzionario pubblico ec., ed indeterminato del pari nelle obbligazioni condizionali relativamente alla loro esistenza, o indeterminati pel loro valore, a' sensi dell' articolo 2018 (-2132-).

Nelle ipoteche giudiziali poi, comunque il credito potesse essere determinato dalla condanna, il debitore non avendo convenuto sull' ipoteca, la domanda della riduzione incontra sempre il suffraggio della giustizia e dell' equità, non essendo di giusto d' inceppare la circolazione della proprietà che la istituzione del regime ipotecario intende in vece di mettere in movimento (1).

Ma quale sarà il mezzo atto a conciliare l'interesse del debitore che chiede la riduzione senza pregiudicare i dritti del creditore inscritto?

La legge vi ha provveduto cogli articoli 2058 e 2059 (-2164 *e* 2165-) per quanto era possibile, trattandosi di valutare eventi soggetti a mille combinazioni diverse.

Era necessario abbandonarsi al prudente arbitrio del magistrato, riposando sulla sua integrità, sulla sua saggezza, su i suoi lumi, raccomandandogli di conciliare per quanto è possibile i dritti verisimili del creditore e del debitore a norma delle circostanze, delle probabilità, degli eventi, delle

---

(1) Vedi Grenier, *trattato delle ipoteche*, *tom* 1, *n.* 94.

presunzioni di fatto; ma oltre a ciò la legge gli suggerisce una norma per la valutazione degl' immobili, ch' è la seguente:

Si accresca di un terzo il valore de' crediti, e quindi si moltiplichi la rendita de' fondi rustici risultante da' ruoli fondiarii per quindici volte e per dieci quella de' fondi urbani, e se dietro tal calcolo il valore degl' immobili supera il valore dei crediti accresciuti di un terzo, la domanda di riduzione verrà ammessa.

Ciò non pertanto, non è a' giudici vietato di prevalersi di altri schiarimenti, sia da contratti di fitto in tempo non sospetto, sia da verbale di stima in epoche non lontane, per valutare la rendita con la media proporzionale su' risultamenti di queste diverse notizie, nel dover pronunziare sulla domanda di riduzione; art. 2058 e 2059 (- 2164 e 2165 -).

CAPITOLO VI.

Dell' effetto de' privilegii e delle ipoteche contro i terzi possessori.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 217. Il regime ipotecario de' romani nella prima epoca non ci offre veruna disposizione in favore del creditore ipotecario contro del terzo possessore, perchè allora dietro l' affisso che si mettea su di una colonna di legno impiantata nel fondo ipotecato, additando al pubblico il credito ed il nome del debitore, questi non potea più nè vendere, nè ipotecare il fondo che si considerava di non essere più suo, perchè la trasmissione della proprietà, non meno che del possesso civile, erasi ope-

rata in favore del creditore, rimanendo al debitore il solo possesso naturale a titolo precario.

Ma sotto gl'imperatori il solo patto operava la tradizione del fondo nelle mani del compratore, ed il solo patto fu sufficiente a rendere valida e perfetta la costituzione dell'ipoteca, per lo che l'azione serviana, introdotta dal pretore Servio per alcune cause civili, venne estesa in tutt'i casi in cui vi fosse convenzione d'ipoteca, prendendo allora il nome di quasi-serviana, ed il suo scopo si era di accordare al creditore il dritto d'impetrare ed ottenere dal magistrato il rilascio del fondo ipotecato, non per renderlo di proprietà sua, come nell'azione di rivendicazione, ma per poterlo vendere affine di essere soddisfatto del suo credito. Vedi Vinnio, *commentario alle istituzioni*, *tit. de act.*, e propriamente dell'azione serviana e quasi-serviana.

Per l'esperimento dell'azione quasi-serviana o ipotecaria, gl'imperatori Diocleziano e Massimiano colla legge 14, *cod. de pign. et hypot.*, accordavano al creditore la facoltà di scegliere l'azione personale contro del debitore, o l'azione reale contro gli acquirenti de' beni ipotecati (1).

Giustiniano poi colla legge *vetustiss.*, *cod. de iur. domin. impetr.*, ordinò che se si fosse pattuito tra il creditore ed il debitore circa il tempo ed il modo di doversi vendere il fondo ipotecato, dovesse il patto osservarsi, in contrario potesse il creditore chiedere che fosse venduto per essere soddisfatto del suo credito; e se non si trovasse a

---

(1) *Distractis* (sono le parole della legge citata) *a debitore pignoribus, creditores potestatem habere utrumque personale obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione convenire velint, non est incerti iuris.*

vendere potesse il creditore essere posto in possesso del fondo ipotecato, salvo al debitore il dritto di riaverlo pagando fra il termine di due anni, come pure l'azione ad avere il di più, se mai il valore del fondo eccedesse l'ammontare del credito (1).

L'istesso Giustiniano coll'autentica *de fideius.* distinse il caso in cui i beni ipotecati si trovassero nelle mani del debitore, o in quelle de' terzi possessori. Nel primo caso rimanea ferma al creditore la scelta di usare dell'azione personale, o pure dell'azione reale sul fondo ipotecato; ma nel secondo caso era vietato al creditore di usare dell'azione reale se non dopo di aver esperimentata inutilmente l'azione personale contro il debitore e fideiussori, e qualunque altro promissore obbligato (2).

Finalmente, lo stesso Giustiniano con altra costituzione sotto il titolo *de litigiosis* ordinò che potesse il debitore ipotecario vendere la roba ipotecata, purchè il prezzo s'impiegasse a soddisfare il credito; ma ove il creditore non rimanesse soddisfatto avea il dritto di vendicare dal nuovo acquirente il possesso della cosa ipotecata (giacchè il dominio se gli trasferiva in virtù del solo patto del-

---

(1) *Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pignoravit, si quidem in pactionem cautum est quemadmodum debit pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est.*

(2) *Sed neque ad res debitoris, quae ab aliis detinentur veniat prius quam transeat viam super personalibus contra mandatores, et fideiussores, et sponsores . . . . si neque unde habuerit satisfactionem, tunc veniat adversus res fideiussorum, et mandatorum, et sponsorum . . . . contra principales tamen existentes apud eos res, sive personalibus, sive hypothecariis, sive ambabus uti voluerit, omnem ei damus licentiam.*

l' ipoteca) e di ritenerla finchè non fosse interamente soddisfatto (1).

In ogni caso poi il terzo possessore godea di tutt'i termini e di tutte le eccezioni che competeano al debitore originario; *l.* 13 *ff. de pign. et hypot.*, e Fabro *de pignor.*, *lib* 8, *tit.* 6, *definiz.* 18; ed in forza delle novelle 4 e 112 dello stesso imperatore Giustiniano potea il debitore opporre sempre il beneficio della escussione e dell' ordine, se il creditore non avesse che un' ipoteca generale, ma non così quando l' ipoteca era speciale.

Perciò che riguarda poi i frutti del fondo ipotecato durante il tempo in cui rimanea nelle mani del terzo possessore, le spese ed i miglioramenti da lui fatti e le deteriorazioni cui il fondo avesse potuto andar soggetto, il dritto romano stabiliva

1. Che il terzo possessore, quando avesse posseduto in buona fede, non dovea restituire che i soli frutti esistenti. *L.* 48 *ff. de adquir. rer. dom.*

2. Che potea ripetere le spese necessarie ed utili in quanto avessero migliorato il valore del fondo, ma non le voluttuose, le quali per altro potea portarsele via, quando non avesse arrecato con ciò pregiudizio alla cosa; *ll.* 38 *ff. de rei vind.*, *e* 21 *ff. de pign. et. hypot.* Ben vero, se il terzo possessore avea ricevuta la cosa in uno stato di deperimento, avea dritto ad essere rimborsato di tutte

---

(1) *Si quidem speciales res mobiles, vel immobiles, aut semoventes nominatim fuerint hypotecae suppositae, liceat quidem debitori eas, cui, et quando voluerit, rendere; sic tamen, ut ex praetio earum usque ad debiti quantitatem satisfaceat creditori. Si autem hoc debitum non fuerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam suppostam habet, eamdem rem vendicare, donec ei satis pro debito fiat.*

le spese, quando anche non avessero accresciuto il valore del fondo.

3. Che in quanto alle deteriorazioni il terzo possessore era tenuto soltanto di dolo, se avesse posseduto in buona fede, ed anche di colpa, se fosse stato in mala fede. *LL.* 25, 30 *e* 31 *ff. de eredit. pet.*

4. Che non era tenuto di evizione il creditore che avesse venduto il pegno del suo debitore, ma il compratore potea richiedergli la cessione dell'azione pignoratizia contraria, per conseguire dal debitore tutto ciò che a lui interessava per ragione dell'evizione alla quale si potesse dar luogo. *LL.* 38 *e* 68 *ff. de evict.; 1 e 2 cod. cred. evit. pign. non debere.*

In fine, il terzo possessore potea sempre riprendere il fondo anche rilasciato al creditore pria della vendita, purchè si contentasse di pagargli il debito in capitale ed interessi, come risulta testualmente dalle leggi 1 *e* 2 *cod. si antequam creditor pignora vendiderit.*

Teorie del dritto del regno pria del 1809 relativamente agli effetti de' privilegii e delle ipoteche contro i terzi possessori.

§. 218. Presso di noi nel 1477 venne pubblicata la famosa prammatica sotto il titolo *de assistentia*, dietro la quale i giudizii ipotecarii acquistarono nuovo nome e nuova vita, furono assoggettati a nuove norme ed a nuovo rito, produssero nuovi e singolari effetti. Fu detto giudizio *de assistentia* l'azione ipotecaria per l'assistenza che accordava al creditore l'autorità del magistrato, giacchè il creditore non potea vendicare il possesso della roba ipotecata se non mediante l'autorità del giudice (1).

---

(1) *Creditores quin re 'ditas sibi pecunia conven-*

Sanzionò poi la prammatica che non potesse competere tal'azione al creditore ipotecario se non avesse per sè un pubblico istrumento contenente la ipoteca ed il patto *de capiendo cum constitutione praecarii*, volendo con ciò denotare

1. Che l'ipoteca dev'essere costituita in un istrumento pubblico; 2. che dovesse essere espressa l'ipoteca, non potendosi agire contro del terzo possessore in forza di un'ipoteca tacita; 3. finalmente, che l'istrumento dovesse contenere il *pactum de capiendo cum constitutione praecarii*, clausola che attribuiva al creditore la facoltà di riprendere il possesso naturale, che in forza del patto d'ipoteca era rimasto presso del debitore a titolo precario e per gratuita concessione del creditore (1).

---

tionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritatem praesidis possessionem adipisci debent. LL. 3 ed 11 cod. de pignor. et hypoth.

(1) *Assistentiam* (sono parole della prammatica del 1477) *et appretium contra tertium possessorem pro executione instrumenti continentis obligationem bonorum, pactum de capiendo cum constitutione praecarii, peti posse, et per iudicem concedi, absque aliqua discussione contra principalem facta; aliis concurrentibus quae de iure necessaria sunt in assistentia, vel hypothecariae causa declaramus.*

Convennero i dottori che l'espressione *instrumentum* adoperata dalla prammatica non volesse indicare che l'istrumento pubblico e guarentigiato, per lo che negarono il beneficio dell'assistenza a quelle ipoteche che si contenessero in qualunque altra pubblica scrittura comunque privilegiatissima, com'erano le obbliganze *poenes-acta*, ma insorsero interminabili dispute sull'interpetrazione delle parole *pactum de capiendo cum constitutione praecarii*. Vedi Ricci, *pratica civile*, *tom.* 1, *part.* 2, *tit.* 7, *de assistentia*; Cardinal de Luca, *de dote*, *discorso* 157, *n.* 11; Auli-

Quindi, fu pubblicata l'altra prammatica *de appellationibus*, con la quale si vietava l'appello nel giudizio di assistenza, per lo che i terzi possessori, allorchè il titolo costitutivo dell'ipoteca riunisse i requisiti richiesti dalla prammatica *de assistentia*, erano irremisibilmente condannati al rilascio de' fondi ipotecati anche in prima istanza.

Non pertanto, essi godeano del beneficio del termine e di tutte le altre eccezioni che competeano al debitore; che anzi, se il debitore non avesse che un' ipoteca generale, poteano sempre opporre il beneficio dell' ordine e della escussione, purchè avessero comprato in buona fede, in forza delle no-

---

sio *de adquir vel amit. posses.*, *propos.* 3; e Tiraquello, *de iure const. posses.*, *part.* 3. Chiaro è però, dietro i rinsegnamenti del dottissimo Gerardo Noodt, *lib.* 20, *tit.* 1, che le espressioni additate hanno voluto intendere, che il debitore avesse voluto concedere al creditore la facoltà di potersi riprendere il possesso naturale rimasto in suo potere precariamente per concessione del creditore medesimo, giacchè colla semplice costituzione d' ipoteca tanto il dominio, quanto il possesso civile già eransi trasferiti al creditore ipotecario in forza del nuovo dritto stabilito dalle costituzioni imperiali. Vedi Grenier, *tom.* 1, *part.* 1, *pag.* 21 *delle donazioni.*

La giurisprudenza del foro, interpetrando ristrettivamente la prammatica *de assistentia*, avea introdotto l' uso di giudicare che, ove fosse morto il debitore principale, *nullo modo posse creditorem adversus tertium possessorem agere haerede principalis debitoris prius non discusso*, come ci assicurano il de Marinis, il Graziano, il Rovito, il Grammatico, e forse per la stessa ragione allorchè l' ipoteca era costituita in una scrittura pubblica diversa dall' istrumento guarentigiato non poteàsi giammai agire contro del terzo possessore se non discussi con l' azione personale il debitore originario ed i suoi mallevadori con la vendita *sub-hasta*, o con esibire la pruova che i medesimi *non erant solvendo.*

velle 4, *cap.* 2, *e* 112, *cap.* 1. Vedi Moro, *pratica civile, tom.* 3, *cap.* 35, ed Aloe in Domat, *tom.* 3, *pag.* 174 *a* 175.

Per ciò che riguarda poi la percezione dei frutti, le spese fatte per le migliorie, le deteriorazioni avvenute nel fondo durante il possesso del terzo detentore, si osservavano i principii del dritto romano, come pure relativamente alle servitù attive e passive di cui il fondo si trovasse soggetto pria dell' alienazione.

Degli effetti de'privilegii e delle ipoteche per dritto francese e vigente. Quali atti dee fare il creditore privilegiato od ipotecario per essere pagato del suo credito dal terzo possessore?

§. 219. Poichè il privilegio e l' ipoteca sono dritti reali che restano impressi sulla totalità degl' immobili che ne sono affetti, era ragionevole che la legge accordasse a' creditori aventi un privilegio od un' ipoteca il dritto di perseguitare l'immobile in qualunque mano questo faccia passaggio, a sol oggetto di essere graduati e pagati secondo l'ordine de' loro crediti, o delle loro inscrizioni; art. 2060 (-2166-).

Il creditore però, che vuol esperimentare una tale azione, dee 1. essere munito dell'inscrizione nei casi ne' quali essa è richiesta, come si è osservato col §. 213.

2. Dee intimare al terzo possessore di pagare tutti gl' interessi e capitali esigibili, o di rilasciare senz' alcuna riserva l'immobile ipotecato; art. 2062 (-2168-).

3. Dee, quindi, ingiungere un ordine al debitore originario, o sia intimargli un precetto di pagare tutti gl'interessi e capitali esigibili, qualunque sia la somma cui possono ammontare; art. 2063 (-2169-).

4. Dee, in fine, dopo scorsi trenta giorni dalla data delle intimazioni fatte al debitore originario ed al terzo possessore procedere al pignoramento de' beni affetti dal privilegio o dall'ipoteca per farli vendere in danno del terzo possessore con le formalità stabilite pel giudizio di espropriazione forzata; art. 2063 (-2169-).

Anticamente i creditori erano nell' obbligo di citare il terzo possessore per sentir dichiarare che l' immobile da lui acquistato era soggetto all' ipoteca, e per ottenere in conseguente una sentenza di condanna diretta contro di lui a fine di pagare il credito o a rilasciare il fondo. Vedi Desinart alla voce *déclaration d'hypotèque*. Ma oggidì quest' azione non può essere più ammessa che nel solo fine d' interrompere la prescrizione dell'azione ipotecaria, perchè in forza degli articoli 2061, 2062, 2063, 2064, 2066 e 2067 (- 2167, 2168, 2169, 2170, 2172 *e* 2173-) il titolo creditorio contro del debitore originario è esecutivo non meno contro di lui, che contro del terzo possessore, il quale in questa sola qualità e non già personalmente è tenuto al pagamento del debito. Questa teoria, comunque risulta chiara dagli articoli citati, non ha però lasciato di avere i suoi contenditori, com' è da vedersi in Persil, *regime ipotecario*, sull'articolo 2169, ed in Grenier, *tom.* 3, *parte* 2, *n.* 339 *a* 540, e la giurisprudenza de'nostri tribunali è stata lungo tempo ondeggiante ed incerta (1).

---

(1) La legge coll' articolo 2063 (-2169-) si esprime così: « Qualunque creditore ipotecario ha dritto di far vendere » a danno del terzo possessore l' immobile ipotecato trenta » giorni dopo l' ordine ingiunto al debitore originario, e l' » intimazione fatta al terzo possessore di pagare il debito già » esigibile, o di rilasciare il fondo. »

Eccezioni che può opporre il terzo possessore all' azione ipotecaria; non che del rilascio a cui egli può esser obbligato, della sua forma ed a chi il beneficio del rilascio è dalla legge vietato.

§. 220. Comunque il terzo possessore non potesse evitare le molestie del creditore ipotecario o privilegiato, pur tuttavia egli può arrestare il procedimento contro di lui, quante volte non fosse personalmente obbligato al debito, opponendo 1. il beneficio della escussione; 2. il beneficio della cessione delle ragioni; 3. il beneficio della garentia; 4. finalmente, l' eccezione della cauzione. La

---

Or dee precedere l' ordine al debitore originario o la intimazione al terzo possessore?

Ed il terzo possessore può opporre le nullità incorse nell' ordine fatto al debitore?

In fine, se il creditore che ha incoato il giudizio l' abbandona, o se il terzo possessore dopo scorsi i trenta giorni dalla intimazione fattagli avesse alienato il fondo, come dovrà proseguirsi il giudizio?

Sulla prima delle quistioni proposte osserviamo, che la intimazione al terzo possessore dee precedere l'ordine da intimarsi al debitore originario, perchè il primo atto è quello che mette in mora il terzo possessore di liberare la sua proprietà, ed autorizza il creditore di procedere alla espropriazione. Vedi Persil sull' articolo 2169, e Grenier, *tom.* 13, *n.* 341.

Sulla seconda quistione osserviamo, che, rendendosi comune al terzo possessore il precetto intimato al debitore originario, è ragionevole ch' egli possa opporre quelle stesse nullità che avea dritto di eccepire il debitore originario, checchè abbia insegnato in contrario Grenier, *tom.* 3, *n.* 343.

In fine, sull'ultima quistione osserviamo, che la decadenza dal dritto di liberare l' immobile incorso una volta a danno del terzo possessore giova a tutt'i creditori inscritti del terzo possessore istesso e contra tutti gli aventi causa, per cui il giudizio può proseguirsi senza bisogno di ricorrersi a nuova intimazione.

prima eccezione ha luogo contro del creditore che vanta un privilegio od un' ipoteca generale per que' beni rimasti in potere del debitore che sono affetti dell' istessa ipoteca, non mai contro il creditore che vanta un' ipoteca speciale. Non pertanto, l'eccezione non sarà ammessa se non col concorso delle seguenti condizioni, cioè che rimanghino nelle mani del debitore originario altri immobili ipotecati pel medesimo debito; che questi immobili non sieno nè litigiosi, nè situati fuori la giurisdizione della gran Corte civile; che l' eccezione sia proposta fin da' primi procedimenti diretti contro di lui, cioè nel corso de' trenta giorni o dal dì dell' intimazione fattagli pel pagamento o rilascio; che, in fine, il terzo possessore anticipi le spese bastanti per eseguire l'escussione; art. 1894, 1895 e 2063 (-2022, 2023 *e* 2169 -).

Il beneficio della cessione delle azioni può invocarsi dal terzo possessore, quando il creditore che lo molesta avesse liberato dalla sua ipoteca altri terzi possessori de' beni soggetti all'ipoteca medesima. Verificandosi questo caso, il terzo possessore può dimandare che il creditore che lo molesta lo surrogasse a tutt'i suoi dritti contro del debitore, e sopra tutt'i beni che derivano da lui, per assicurarsi del regresso del credito ch' egli è obbligato di soddisfare. Ove però il creditore si fosse posto nell' impossibilità di cedere al terzo possessore utilmente i suoi dritti, l'azione ipotecaria sarà non pertanto proseguita, ed il dritto del creditore rimarrà fermo fino alla concorrenza della porzione che sarebbe andata a suo carico, anche quando egli avesse potuto esercitare un' azione di regresso contro gli altri terzi possessori; art. 1103 (-1149-), e Grenier, *tom.* 3, *n.* 332.

La terza eccezione ha luogo quando il credi-

tore che molesta il terzo possessore è egli stesso personalmente obbligato al pagamento del debito, quando possiede i fondi affetti dalla stessa ipoteca, per la quale egli molesta il terzo possessore.

Nel primo caso l'azione ipotecaria dev' essere rigettata per la massima *quem de evictione tenet actio, cum agentem repellet exceptio*, la quale ha luogo per la sola parte in cui egli è garante, quante volte la garentia non fosse che in parte dovuta. Nel secondo caso poi il creditore verrà escluso dall' azione ipotecaria solamente quando voglia ritenere i fondi che possiede affetti dalla stessa ipoteca. Vedi Pothier, trattato *delle ipoteche*, *cap.* 2, §. 6, e *tom.* 3, *n.* 334.

In fine, la quarta eccezione ha luogo quando il terzo possessore vantasse egli stesso alcuni crediti ipotecarii sul fondo, pe' quali viene molestato, nel qual caso egli ha dritto di chiedere che il creditore il quale ha intentata l'azione ipotecaria dasse cauzione, perchè il valore del fondo risalga fino a tal prezzo che il terzo possessore convenuto possa esser pagato de'suoi crediti. Vedi Pothier sulla *costumanza di Orleans*, *tit.* 20, *n.* 40.

E però d' avvertirsi che questa eccezione ha luogo solamente quando l'ipoteca del creditore, che fa istanza per l'azione ipotecaria, fosse posteriore a quella del terzo possessore, poichè in tal caso, comunque egli avesse il dritto di procedere alla vendita, a' sensi dell' articolo 2149 *cod. franc.*, pur tuttavolta non lascia di essere risponsabile verso il terzo possessore delle spese che diverrebbero inutili e frustranee, se l'esito della vendita giudiziale non eccede l'ammontare de'crediti anteriori al terzo possessore dovuti. Vedi Pothier, *tom.* 3, *n.* 335.

Esaurite, non pertanto, le eccezioni sopra enunciate, il terzo possessore, che non ha curato di pa-

gare gl'interessi ed i capitali esigibili, dovrà assolutamente fare il rilascio dell'immobile ipotecato che si esegue nella cancelleria del tribunal civile dove sono siti i beni, facendosi rilasciare un certificato dal cancelliere che dovrà intimarsi tanto al debitore originario, quanto al creditore istante per l'azione ipotecaria; dopo di che ad istanza del creditore più diligente si destina un curatore al fondo rilasciato, in contraddizione del quale si procede alla vendita secondo le forme stabilite per l'espropriazione forzata, senza essere necessario d'intimarsi un novello precetto al curatore, essendo sufficiente quello che si è intimato al debitore originario; art. 2068 (-2174-).

Il rilascio però è niegato a coloro che non hanno la capacità di alienare, per cui il minore anche emancipato o pur no senza l'assistenza del tutore o del curatore, senza l'autorizzazione del Consiglio di famiglia e senza l'omologazione del tribunale, l'interdetto ed il prodigo senza l'assistenza del consulente, l'immesso provvisionalmente ne'beni dell'assente, essendo incapaci di alienare, non possono effettuare il rilascio del fondo gravato d'ipoteca e debbono soffrire che l'espropriazione venghi fatta contro di loro; art. 2066 (-2172-). Vedi ancora gli articoli 134, 206, 380, 381, 407, 432 e 436 (-128, 217, 457, 458, 484, 509 e 513-). Ma se il terzo possessore ha la libera amministrazione de'suoi beni e la capacità di alienare, potrà fare il rilascio, quando anche avesse riconosciuta l'obbligazione e fosse stato condannato nella semplice qualità di possessore, ed anche dopo effettuato il rilascio ha il dritto di riprendere il fondo rilasciato, pagando l'intero debito e le spese pria dell'aggiudicazione, poichè fino a quel momento il fondo si considera sempre di sua proprietà, ed egli col rilascio non ha ottenuto altro vantaggio se non di esporre il suo nome al pubblico, vendendosi il fondo sotto il nome del curatore; art. 2067 (-2173-).

Degli effetti del rilascio volontario e dell'aggiudicazione dietro la vendita forzata fatta in danno del terzo possessore.

§. 221. Eseguito il rilascio volontario dell' immobile ipotecato, o pure pronunziata l'aggiudicazione diffinitiva, dietro l'espropriazione forzata fatta in danno del terzo possessore, gli effetti sono

1. Che il terzo possessore debbe rendere conto de'frutti percipiti dall'immobile ipotecato dal giorno in cui gli fu intimata la prima citazione di pagare o rilasciare il fondo, poichè da quel momento il dritto reale dell'ipoteca spiega la sua azione su'frutti, i quali, come accessorii degl'immobili, debbono seguirne la sorte, mentre i frutti anteriormente percepiti, non facendo più parte del fondo, non sono soggetti ad ipoteca; ma se dopo tale prima intimazione non siasi proseguito il giudizio pel corso di tre anni continui, l'istanza, essendo divenuta perenta, i frutti non si debbono se non dal giorno della nuova intimazione; art. 2070 (-2176-).

2. Che per le migliorie fatte dal terzo possessore sul fondo soggetto ad ipoteca egli ha il dritto ad una indennità, la quale gli sarà pagata in proporzione del maggior valore, esercitando per tali spese un privilegio simile a quello degli operai.

3. Che una indennità compete del pari a'creditori ipotecarii o privilegiati per i deterioramenti cagionati dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore, men che quando abbia comprato o posseduto in buona fede, ciò che avviene per quelle ipoteche e privilegii non soggetti ad inscrizione, e che perciò erano a lui ignoti; art. 2069 (-2175-) e gli autori *sopra citati*.

4. Che le servitù tanto attive, quanto passive che vantava il terzo possessore sull' immobile rilasciato od espropriato, ed i dritti reali che gli com-

peteano sull'immobile istesso, rivivono dopo il rilascio del fondo o dopo seguita l'aggiudicazione contro di lui, ed i suoi creditori particolari esercitano la loro ipoteca secondo il loro grado, sopra i fondi rilascati, o aggiudicati dopo tutti quelli che, si trovano inscritti contro de' precedenti proprietarii.

5. Che, in fine, il terzo possessore, sia quando abbia prescelto di pagare il debito ipotecario, sia quando abbia rilasciato volontariamente o forzosamente l'immobile ipotecato, ha sempre un regresso per garentia contro il debitor principale come suo venditore; art. 2072 (-2178-).

CAPITOLO VII.

Del modo di rendere libere le proprietà da' privilegii e dalle ipoteche soggette ad inscrizione, non che della trascrizione, della sua forma, suo scopo e suoi effetti

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 222. Sotto l'impero del dritto romano la imperfezione e la incertezza de' principii che regolavano il regime ipotecario, rendeano anche incerte le proprietà ed esposte sempre alle molestie de' creditori ignoti agli acquirenti. Quindi, coloro che voleano acquistare un immobile libero da ogni ipoteca o privilegio non aveano altro scampo se non che di comprarlo all'asta pubblica con decreto del giudice, ed intimare contemporaneamente tutt' i creditori ipotecarii e privilegiati d'insinuare i loro crediti per essere soddisfatti col prezzo dell'immobile; dopo di che se i creditori non l'insinuavano, perdeano il loro privilegio e la loro ipoteca sull'immobile venduto. *LL.* 6 *cod. de remis. pign.*; 1 *cod.*

de iur. dom. impet.; e 9 *cod. de distract. pign.* Vedi ancora Pothier *in pand. Justin.*, *lib.* 20, *tit.* 1, *n.* 29, 30, 31, 32 *e* 33.

Se il fisco era quello che vendea i beni del suo debitore, i creditori ipotecarii o privilegiati, che mancavano d'insinuare i loro crediti, perdeano più facilmente i loro privilegii e le ipoteche, perchè in tal caso i beni doveansi necessariamente vendere all'asta pubblica, la di cui fede non poteasi distruggere; *l.* 8 *cod. de destract. pign.*, non che l'intero titolo del codice *de fide et iur. hast. fiscalis.* Vedi ancora Pothier *in pand. Just.*, *lib.* 44, *tit.* 1, *n.* 46 *a* 63, ove de' pegni giudiziarii e del modo come questi si vendeano per esecuzione della cosa giudicata, non che ne' numeri 21 *a* 27, ove della distribuzione del prezzo da farsi a' creditori.

Del modo di rendere libere le proprietà da'privilegii e dalle ipoteche per dritto francese; non che della forma, scopo ed effetti della trascrizione.

§. 223. Le nuove leggi non contente di aver provveduto agl'interessi de' creditori, rendendo pubbliche mediante l' inscrizione le ipoteche ed i privilegii per metterli al coverto di ogni atto fraudolento e clandestino che potesse fare il debitore, provvedono eziandio agl'interessi degli acquirenti, somministrando loro i mezzi per purgare l'immobile acquistato da' privilegii e dalle ipoteche, di cui potessero trovarsi affetti.

La liberazione dell'immobile può verificarsi 1. nel caso di una donazione o di una vendita volontaria; 2. nel caso di una vendita forzata seguita dall' aggiudicazione. Siccome però nel primo caso la trascrizione è il primo atto che prepara la liberazione, così fia utile esporne la forma, il suo scopo ed i suoi effetti.

La trascrizione non è che una copia letterale ed intera de'contratti traslativi di proprietà, e si fa sopra un registro a ciò destinato dal conservatore delle ipoteche, nella cui provincia sono situati i beni, coll'obbligo di rilasciarne il certificato a chi lo domanda; *art.* 2181 *cod. franc.*

Sotto l'impero della legge del dì 11 Brumaio, *anno* VII, la trascrizione era richiesta come un compimento alla perfezione del contratto di alienazione ed era indispensabile per lo trasferimento della proprietà, senza di che il titolo di acquisto non diveniva incommutabile rispetto al compratore. Vedi Locrè, *esposizione de' motivi sul codice di procedura francese.*

Sotto l'impero del codice civile, la trascrizione divenne inutile per le ipoteche od alienazioni posteriori all'atto di vendita o di donazioni, poichè, ai termini degl'articoli 938, 941, 1138, 1158 *e* 2182 di quel codice, l'acquirente diveniva proprietario incommutabile dal giorno in cui gli si dovea consegnare la cosa, e quindi il venditore ed il donatario non poteano ad altri trasmettere dritti de'quali se n'erano di già spogliati: ma per le ipoteche anteriori all'atto di alienazione, qualora si trovassero di già inscritte, la trascrizione rendeasi necessaria unicamente per purgare l'immobile dopo che si fossero adempite le formalità stabilite dagli articoli 2185 *e seguenti cod. civile* (1).

---

(1) Il nostro ottimo amico e chiarissimo avvocato Agostino Santamaria in una sua allegazione in favor di D. Matteo Vegliante, invocando l'autorità di Pothier, trattato *delle donazioni*, *sez.* 2, *art.* 3, di Maleville sull'articolo 939, di Rogron sull'articolo istesso, di Merlin alla voce *donation*, *sez.* 6, §. 3, e di Grenier, trattato *delle donazioni*, *parte* 1, *cap.* 5, §. 1, si sforza di sostenere che la trascrizione succe-

Finalmente, sotto l'impero del codice di procedura francese, in forza dell'articolo 834 la trascrizione non solamente era necessaria per preparare la purgazione de'privilegii e delle ipoteche inscritte anteriormente all'atto di donazione o di vendita, ma era eziandio necessaria per arrestare il corso delle ipoteche e de'privilegii, che non si trovassro inscritti fino all'atto dell' alienazione, stabilendo di non potersi più inscrivere se non fra'quindici giorni dal dì della seguita trascrizione.

---

duta all' antica insinuazione è una formalità essenziale alla donazione in faccia a' terzi, la di cui mancanza la priva di qualsivoglia effetto a loro riguardo, poichè suo scopo si è di dar pubblicità alle donazioni, affinchè non fossero frodati coloro, che dopo di esse potcano o acquistare i beni donati o mutuar danaro al donatore, con ipoteca su' beni medesimi.

Noi rispettiamo immensamente i sommi lumi di Santamaria, non che l' autorità de' celebri scrittori da lui invocati in sostegno della sua opinione, ma non possiamo recedere dall' avviso che abbiamo manifestato colle nostre lezioni di dritto, *tom.* 3, §§. 63 *e* 64, *pag.* 117 *a* 124, perchè dalle discussioni che si fecero al Consiglio di Stato di Francia sull' articolo 939 risulta che la trascrizione non fu sostituita all' insinuazione, ma si è richiesta come una formalità intimamente unita al sistema ipotecario; perchè l' articolo 863 (-939-), lungi dal distruggere l' articolo 862 (-938-), è subordinato al medesimo al fine di coordinare le disposizioni relative alle donazioni colle disposizioni relative al regime ipotecario; perchè se il donante, dopo fatta la donazione e validamente accettata, avesse venduto il fondo donato, l' acquirente non potrebbe opporre la mancanza di trascrizione al donatario, perchè, a'termini dell' articolo 2076 (-2182-), il venditore non trasmette al compratore che la proprietà ed i dritti che avea egli stesso, ed il donante erasi già spogliato di ogni suo dritto appena accettata la donazione, giusta l' articolo 862 (- 938 -).

Del resto noi ci occuperemo di proposito di tal quistione col nostro *Saggio di dritto controverso*. Vedi intanto Toullier, *tom.* 5, *n.* 230 *a* 240.

Così, possiamo conchiudere che prima del codice la trascrizione era una formalità di essenza alla perfezione del contratto di vendita; dopo pubblicato il codice divenne necessaria solamente per preparare la liberazione dell' immobile dopo adempite le formalità stabilite dagli articoli 2183 e seguenti *cod. franc.*; che, finalmente, dopo la pubblicazione del codice di procedura francese la trascrizione avea il doppio scopo, e producea il doppio effetto di arrestare il corso delle ipoteche e de' privilegii non inscritti fra' quindici giorni sussecutivi alla trascrizione, e di preparare la liberazione di queste istesse ipoteche e di tutte le altre anteriormente inscritte dietro l' adempimento delle formalità stabilite coi citati articoli 2184 *e seguenti cod. franc.*

Delle altre formalità necessarie per rendere libere le proprietà dai privilegii e dalle ipoteche, di cui fosse gravato l' immobile anteriormente all' atto di alienazione per dritto francese.

§. 224. Dopo adempita la trascrizione nel modo da noi indicato col §. antecedente, l' immobile rimanea tuttavia gravato delle ipoteche e de' privilegii, perchè l'articolo 834 *cod. di proced. franc.*, arrestava il corso delle inscrizioni che si volessero eseguire dopo i quindici giorni dalla data della trascrizione, ma le ipoteche inscritte anteriormente o nell' intervallo de' giorni quindici si trasmetteano all' acquirente in uno coll' immobile di cui avea fatto acquisto; *art.* 2182 *cod. franc.*

Per ottenersi quindi la liberazione era necessario che, oltre la trascrizione, l' acquirente avesse notificato a' creditori nel domicilio da essi eletto nelle loro inscrizioni prima che si fosse promossa la istanza dell'azione ipotecaria, a'sensi dell'articolo 2169 *cod. franc.*, o dentro un mese al più tardi

1. L'estratto del suo documento contenente soltanto la data e la qualità dell'atto, il nome e la indicazione precisa del venditore o del donante, la natura e la situazione della cosa venduta o donata, e trattandosi di un corpo di beni la sola denominazione generale della tenuta e de'distretti in cui si trova situato, il prezzo ed i carichi formanti parte del prezzo della vendita, o la valutazione della cosa se questa è stata donata.

2. L'estratto della trascrizione dell'atto di donazione o di vendita (1).

3. Una tabella in tre colonne, la prima delle quali conterrà la data delle ipoteche o quella delle inscrizioni; la seconda il nome de'creditori; la terza l'ammontare de'crediti inscritti.

4. In fine, la dichiarazione ch'egli è pronto a soddisfare immediatamente a' debiti e pesi ipotecarii sino alla concorrenza soltanto del prezzo senza distinzione di debiti esigibili o non esigibili.

---

(1) Ma nel caso di più donazioni o di più vendite successive, qual sarà il titolo che dovrà trascrivere l'ultimo possessore, se i precedenti titoli non fossero stati trascritti?

Sembra che a' sensi degli articoli 2076, 2098 e 2099 (- 2182, 2197 *e* 2198 -) la liberazione non si ottiene se non colla trascrizione di tutti gli atti di proprietà, meno che coll'ultimo contratto non sieno stati indicati i precedenti proprietarii, in qual caso il conservatore, trovando nell'atto trascritto tutte le indicazioni necessarie per ricercare le ipoteche che gravitano sull'immobile venduto, potrà col certificato menzionare tutt'i pesi inscritti, ed il terzo possessore sarà al caso di notificare a ciascuno di essi le intimazioni ordinate cogli articoli 2082 e seguenti (- 2183 *e seguenti* -).

Vedi le decisioni della Corte di cassazione del 29 Messidoro, *anno IV*, riportate da Persil, *regime ipotecario*, *tomo* 2, sugli articoli 2181 *e* 2182 *cod. francese*.

Questa dichiarazione è il fondamento del dritto accordato all'acquirente di poter liberare i fondi dalle ipoteche, poichè non altrimenti la liberazione è permessa se non a condizione di essere soddisfatti i creditori inscritti almeno sino alla concorrenza del prezzo ch'essi hanno il dritto di sopraimporre per attribuire al fondo il maggior valore possibile.

E da questo momento che il terzo possessore è tenuto verso i creditori dell' interesse del valore della vendita.

Adempita tale notificazione qualunque creditore inscritto può chiedere l'incanto, adempiendo alle seguenti formalità:

1. Che tale richiesta venghi significata al nuovo proprietario entro quaranta giorni al più tardi dopo la notificazione fatta ad istanza di quest'ultimo, aggiungendovi due giorni ogni cinque miriametri di distanza tra il domicilio eletto ed il domicilio reale di ciaschedun creditore.

2. Ch' essa contenga l' oblazione dell' istante di accrescere o di far accrescere il prezzo di un decimo al di sopra di quello che sarà stato stipulato col contratto o dichiarato dal nuovo proprietario.

3. Che la stessa notificazione verrà fatta nel medesimo termine al precedente proprietario debitore principale.

4. Che l'originale e le copie di tali atti saranno sottoscritti dal creditore istante o dal suo procuratore espressamente a ciò destinato, il quale in tal caso è obbligato di dar copia della sua procura.

5. Ch' egli si offra a dare cauzione fino alla concorrenza del prezzo e de' carichi.

L'omissione di alcuna di queste condizioni produrrà nullità.

Ove i creditori omettessero di domandare l' in-

canto nel termine e nelle forme stabilite, il valore dell' immobile stipulato col contratto o dichiarato dal nuovo acquirente resta diffinitivamente fissato, ed il compratore rimarrà liberato dalle ipoteche convenzionali e da' privilegii soggetti ad inscrizione, sia facendone deposito, sia pagandone il prezzo ai creditori capaci di riceverlo, poichè se il fondo non potea procurare garantia a' creditori al di là del suo valore reale, ogni volta che questo valore ai creditori si attribuisce, il fondo dee necessariamente rimaner libero dalle ipoteche di cui era gravato; *art.* 2189 *cod. franc.*

Ove poi i creditori prescelgano di esporre l'immobile all'incanto, debbon osservare, oltre le formalità stabilite coll' articolo 2084 (- 2185 -), le altre formalità richieste dagli articoli 915 e seg. leg. di proc. civ. (- 832 *e seg. cod. di proc. franc.* -) (1).

Solo è d'avvertirsi ch' è ammessibile l' offerta di sesto a' termini dell' articolo 784 e seg. leg. di proc. civ. (-710 *e seg. cod. di proc. franc.*-); ma il nuovo aggiudicatario sarà tenuto di restituire all' acquirente donatario tutte le spese ed i pagamenti leggittimi fatti a causa del suo contratto col dritto del regresso contro il venditore pel rimborso di ciò ch'eccede il prezzo stipulato, senza essere obbligato a trascrivere nuovamente la sentenza di aggiudi-

---

(1) Gli articoli 915 leg. di proc. civ. (- 832 *cod. di proc. franc.* -) impongono al creditore l' obbligo di far la dimanda per la subasta e per la graduazione, e quindi soggiungono « la dimanda, perchè lo stabile sia posto all' incanto, conterrà, sotto pena di nullità dell'incanto medesimo, la offerta di una cauzione, unitamente ad una citazione a comparire nel termine di tre giorni avanti lo stesso tribunale per l'ammessione della predetta cauzione: su di che dovrà procedersi sommariamente. »

cazione, qualora l'aggiudicatario fosse l'istesso acquirente divenuto maggior offerente, poichè questa formalità sarebbe inutile, essendosi il fondo già purgato da' privilegii e dalle ipoteche esistenti; *art.* 2188 *a* 2191.

In fine, poichè il dritto francese riconosce la specialità come uno de'principali motori dell'attual sistema ipotecario, stabilisce che se il titolo del nuovo acquirente comprendesse mobili ed immobili, ovvero più immobili, gli uni ipotecati, gli altri liberi, situati o nello stesso o in diversi circondarii degli uffizii alienati per un solo e medesimo prezzo, o per prezzi distinti e separati, aggregati o non aggregati alla stessa tenuta, il prezzo di ciascun immobile, assoggettato a particolari e separate inscrizioni, sarà dichiarato nella notificazione dal nuovo proprietario mediante una stima, se vi è luogo, ragguagliata sul prezzo totale espresso col titolo.

L'istesso principio della specialità ha fatto ancora determinare che il creditore maggior offerente non potrà in verun caso essere costretto ad estendere la sua oblazione, nè sopra il mobiliare, nè sopra altri immobili fuori di quelli che sono ipotecati pel suo credito e situati nel medesimo circondario, salvo il regresso del nuovo proprietario contro i di lui autori per essere tenuto indenne del danno che soffrirebbe tanto per la divisione degli oggetti contenuti nel di lui acquisto, quanto per quelle delle coltivazioni; *art.* 2192.

Del modo di rendere libere le proprietà da'privilegii e dalle ipoteche per dritto vigente. Scopo, forma ed oggetto della trascrizione.

§. 225. Le nuove leggi per lo regno delle due Sicilie ritengono le stesse disposizioni del dritto francese relativamente alle formalità necessarie per rendere libere le proprietà da'privilegii e dalle ipote-

che in caso di vendita volontaria; ma intente a portare un notabilissimo miglioramento al sistema ipotecario, hanno rifuso nel codice civile le disposizioni contenute nell'articolo 834 del codice di procedura francese, e ritenendo l' istessa forma della trascrizione ne hanno meglio precisato lo scopo e gli effetti.

In fatti, oggigiorno non più si dubita, dietro la sanzione degli articoli 2075, 2077 e 2080, che la trascrizione altro non è se non una formalità tendente a preparare la liberazione dell'immobile dalle ipoteche e da' privilegii legittimamente contratti pria dell'alienazione, e che possono utilmente esperimentarsi, se sieno inscritti fra' quindici giorni dal dì della trascrizione. Il nuovo acquirente diventa proprietario irrevocabile dal giorno del contratto, a' termini dell'articolo 1428, ma egli non acquista se non la proprietà e le ragioni che il creditore avea sulla cosa venduta, e colla impressione de' medesimi privilegii ed ipoteche, di cui era gravata, e dei quali la trascrizione non può impedirne il corso se non dopo quindici giorni da ch'essa ebbe luogo, e senza pregiudizio de' dritti del venditore pel pagamento del prezzo o del privilegio de' condividenti pel pareggiamento delle quote, perchè pel primo la trascrizione fa le veci d' inscrizione, ed i secondi possono inscrivere tra sessanta giorni dall'atto della divisione, malgrado che il fondo fosse stato venduto il dì seguente alla divisione medesima; articoli 1994, 1995, 2077 e 2080.

Disputavasi nel dritto francese, se un acquisto fatto con privata scrittura potesse trascriversi, e se una vendita fatta con iscrittura privata anteriore dovess'essere preferita ad una seconda vendita contenuta in un atto autentico trascritto. Vedi Grenier, *tom.* 3, *n.* 354; e Persil, *regime ipotecario*, sugli ar-

ticoli 2181 *e* 2182 *cod. franc.* Vedi ancora Toullier, *cap.* 6, *sez.* 1, §. 2, *n.* 245.

Le nuove leggi han creduto troncare tali dispute, sanzionando che l'acquisto con iscrittura privata potesse ben trascriversi dopo munita di data certa, poichè sarebbe stato strano che mentre la legge permette la vendita per atto privato, non potesse poi il compratore nè purgarlo da'privilegii e dalle ipoteche anteriormente inscritte, nè arrestare il corso delle inscrizioni che si volessero prendere in seguito: e diede ancora la preferenza alla vendita anteriormente fatta con iscrittura privata in faccia ad una vendita posteriore fatta con atto autentico comunque trascritto, purchè il primo atto fosse munito di data certa, sulla considerazione che la vendita è perfetta tra le parti appena si è convenuto della cosa e del prezzo, e la trascrizione null' aggiungendo o detraendo alla trasmissione della proprietà, non può fare che la seconda vendita non fosse una vendita nulla, perchè fatta sulla roba altrui; art; 1427, 1428, 1444, 2079 e 2081 (1).

---

(1) L' articolo 2081 ha determinato il valore de' titoli traslativi di proprietà riguardo a due compratori di uno stesso fondo. Ma se taluno vende o ipoteca con atto autentico ciò che precedentemente avea venduto con atto privato registrato fuori provincia, e l' alienante non ha mezzi per indennizzare il secondo compratore, la buona fede che inspirar deggiono i contratti non resta scossa, la fiducia pubblica non resta tradita per insufficienza di mezzi che la legge manca di suggerire?

Questi esempii disgraziatamente son divenuti frequenti, ed il Consiglio provinciale di calabria citra da tre anni a questa parte ha fatto sempre oggetto delle sue rimostanze a piè del trono per interessare la clemenza sovrana, ed apprestarvi un remedio. Facciam voti, perchè sieno accolte tali osservazioni dall'Ottimo Principe che veglia a'nostri de-

Per tutto il di più le formalità ed i termini sia pelle notificazioni da farsi a' creditori, sia per la richiesta dell'incanto e per le aggiudicazioni disposte dal codice francese, sono state letteralmente riservate dalle nuove leggi, com'è da vedersi negli articoli 2082 a 2092.

CAPITOLO VIII.

Del modo di liberarsi dalle ipoteche legali delle donne maritate e de' minori, quando non esista inscrizione su' beni de' mariti e de' tutori.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 226. Essendo ignoto a' romani il sistema di pubblicità introdotto dalle nuove leggi, l'acquirente che volea liberarsi dalle ipoteche e da' privilegii a carico de' mariti o de' tutori in favor delle mogli o de' minori, dovea interpellare il debitore perchè avesse pagato il debito, quindi ottenere dal magistrato il permesso di poter vendere il pegno, e finalmente intimare a' creditori delle mogli o dei tutori ad insinuare i loro crediti per essere soddisfatti sul prezzo dell'immobile sotto pena della perdita della loro ipoteca e de' loro privilegii. *LL.* 4

---

stini, e che provvegga con legge salutare che gli atti traslativi di proprietà, sieno pubblici, sieno privati, debbano immantinenti trascriversi in un registro da destinarsi nel capoluogo di ciascuna provincia colla pena della perdita dei dritti dell' acquirente, se dopo i giorni quindici dalla data dell'atto venisse trascritto un altro titolo di alienazione come si è praticato in Austria ed in Prussia. Vedi il codice civile austriaco, *part.* 2, *sez.* 1, *cap.* 5, §§. 431 e 440, ed il codice prussiano, *part.* 1, *tit.* 10.

cod. de distract. pignor.; *ult. cod. de iur. domin. impet.*, e 6 *cod. de remiss. pignor.* Mancando il debitore originario di pagare il debito, o i creditori d'insinuare i loro crediti, il fondo rimanea libero dall'ipoteca, a' termini della legge 7 *ff. quib. ex causis in posses. eat.*

Lo stesso sembra doversi dire per le ipoteche del fisco, non vedendosi fatta pel medesimo eccezione alcuna dalle leggi sopra enunciate, non che dalla legge 16 *ff. de pignor. et hypoth.*

Disposizioni del dritto francese e vigente relativamente al modo di render libere le proprietà dalle ipoteche legali della donna maritata e de' minori su' beni de' mariti e de' tutori, allorchè non esiste inscrizione.

§. 227. Allorchè i mariti ed i tutori, adempiendo all'obbligo che lor impone la legge, avranno inscritto le ipoteche a causa delle doti e delle amministrazioni de'beni de'minori, o allorchè avranno adempito alle inscrizioni tutti coloro a'quali la legge o ne impone l'obbligo o ne accorda il dritto, l'acquirente non deve che uniformarsi alle formalità esposte colle sezioni precedenti, per liberare l'immobile da'pesi di cui è gravato; ma quando a ciò siasi mancato la legge offre a'terzi acquirenti una particolare risorsa per ottenerne la liberazione, uniformandosi alle disposizioni seguenti:

1. Deve depositare nella cancelleria del tribunale la copia del contratto traslativo di dominio debitamente collazionata e ne intimeranno il deposito tanto alla moglie ed al surrogato tutore, quanto al procuratore del re presso il suddetto tribunale.

2. L'estratto del contratto, esprimente la sua data, i nomi, i cognomi, la professione, il domicilio de'contraenti, l'indicazione della specie e della situazione de' beni, il prezzo e gli altri pesi della

vendita, resterà affisso per due mesi nella sala di udienza, durante qual tempo le mogli, i minori, gl' interdetti e tutte le persone autorizzate dall' articolo 2096 (-2195-) a prendere inscrizioni, potranno farle eseguire sull'immobile alienato ed avranno l' istesso effetto come se fossero state fatte nel giorno del contratto di matrimonio, o nel giorno in cui il tutore assume l' amministrazione.

3. Quando il tutore surrogato, la moglie, o i suoi rappresentanti non fossero conosciuti, in tal caso l'acquirente dovrà colla notificazione da farsi al procuratore regio dichiarare tale ignoranza e quindi dovrà far inserire la suddetta notificazione ne' fogli pubblici, a'termini dell'articolo 778 leg. di proc. civ. (- 683 *cod. di proc. franc.*-). Dietro tali formalità se non si adempirà nel termine di due mesi ad alcuna inscrizione, l'immobile resta purgato dalle ipoteche legali di cui potrebbe essere gravato.

Se poi siensi fatte inscrizioni per parte delle mogli, de' minori, o degl'interdetti, ma esistano creditori anteriori, i quali assorbiscono il prezzo in tutto o in parte, il compratore è liberato dalle ipoteche per quel prezzo o per quella porzione del prezzo che ha pagato a' creditori collocati in grado utile; e le inscrizioni fatte in nome delle mogli, de' minori, degl' interdetti sieno le più antiche, il compratore non potrà far alcun pagamento del prezzo in pregiudizio delle dette inscrizioni, le quali avranno sempre, siccome fu detto antecedentemente, la data del contratto di matrimonio e dell' assunta amministrazione del tutore, ed in tal caso saranno cancellate le inscrizioni degli altri creditori che non si trovano in grado utile; art. 2093 a 2095 (2193 *e* 2194-).

Surse quistione, se le donne maritate ed i minori avessero il dritto di domandare gl'incanti, allor-

chè il prezzo dell'immobile che il terzo possessore vuol liberare non sia sufficiente a pagare i loro crediti e quelli che li precedono per ragion d'ipoteca, ma checchè abbia osservato in contrario Persil sull'articolo 2195, noi crediamo che, avendo il legislatore serbato su di ciò un perfetto silenzio, abbia avuto forti ragioni per escludere i creditori d'ipoteche legali da un tal beneficio, anche perchè essendo indeterminati ed indeterminabili i dritti della donna maritata durante il matrimonio e de'minori durante la minor età, non era di giusto che i terzi possessori fosser obbligati a rimanere costantemente nell'incertezza esposti a vedersi spogliati dalla loro proprietà.

CAPITOLO IX.

Del modo di rendere libere le proprietà da'privilegii non soggetti ad inscrizioni, a' sensi dell' articolo 1970 (-2101-).

Disposizioni del codice francese e delle leggi civili sul proposito.

§. 228. Tanto il dritto francese, quanto il vigente sembra che avessero serbato silenzio circa il modo per rendere liberi i fondi da' privilegii non soggetti ad inscrizioni, ma se si riflette all' articolo 917 leg. di proc. civ. (-834 *cod. di proc. franc.*-) non si tarderà a convincersi che il solo modo per ottenere questo scopo si è quello di dover trascrivere il titolo di proprietà, perchè se nel corso dei quindici giorni dal dì della trascrizione il privilegio non venisse inscritto, gl'immobili rimarrebbero liberati nelle mani del nuovo proprietario, laddove inscrivendo il terzo possessore venutone a conoscenza è al caso di adempire alle notificazioni stabilite coll' articolo 2082 (-2183-).

In vero, non è da presumersi che il legislatore avesse trascurato di provedere alla sicurezza degli acquirenti di beni soggetti a simili privilegii da lui sconosciuti; e se al capitolo VIII, ove si è ragionato del modo di rendere libere le proprietà dalle ipoteche e da' privilegii ordinarii, non si è aggiunta alcuna formalità particolare per questa specie di privilegii, ciò è perchè il legislatore francese ha creduto sufficiente la disposizione sanzionata dall'articolo 917 leg. di proc. civ. (-834 *cod. di proced. franc.*-). Vedi Tarrible alla voce *transcription* inserita al *repertorio* di Merlin.

Le nuove leggi per lo regno delle due Sicilie poi hanno fatto svanire tutte le dubbiezze sul proposito, poichè coll'articolo 2080 si è in termini precisi imposto a tutt' i creditori privilegiati senz' alcuna distinzione l'obbligo d'inscrivere sul fondo alienato i loro privilegii, al più tardi, fra quindici giorni dopo la trascrizione, senza pregiudizio degli altri dritti competenti al venditore ed agli eredi in forza degli articoli 1994 e 1995, ov' è sanzionato che riguardo al venditore la trascrizione vale per inscrizione e che riguardo all'erede condividente niuna ipoteca può aver luogo in suo pregiudizio sull'immobile durante i sessanta giorni, fra' quali egli ha obbligo d'inscrivere il suo privilegio. Quindi, è evidente che i creditori privilegiati, i di cui privilegii sono eccettuati dalle formalità dell' inscrizione a' termini degli articoli 1970 e 1993, non appena sono stati messi in mora colla trascrizione del titolo fatta dall' acquirente, son obbligati d' inscrivere fra giorni quindici sotto pena di decadenza da' loro dritti, rimanendo dopo tal' epoca liberato l' immobile nelle mani del nuovo acquirente.

CAPITOLO X.

Del modo di liberarsi dalle ipoteche legali del tesoro pubblico sugl'immobili de'contabili che si trovano fuori dell'esercizio delle funzioni loro affidate.

Disposizioni del dritto francese e vigente sul proposito.

§. 229. Allorchè i contabili si trovano tuttavia nell'esercizio delle loro funzioni, la loro condizione si eguaglia a quella de' tutori e de' mariti per ciò che riguarda le ipoteche legali de'minori e delle donne maritate, perchè l'ipoteca che compete allo Stato è in tal caso indeterminata, nè determinabile se non dopo cessato l'esercizio dell'amministrazione del contabile. Per tali casi, come pure per le ipoteche legali di cui godono i comuni e gli stabilimenti pubblici, tanto il dritto francese, quanto il vigente non fanno distinzione alcuna, giacchè i terzi acquirenti per purgare l'immobile da tali ipoteche debbono uniformarsi alle formalità stabilite cogli articoli 2082 e seg. (-2183 *e seg.*-), nè mai si possono cancellare tali inscrizioni se non quando esistessero creditori anteriori che assorbissero il prezzo dell'immobile in tutto od in parte; art. 2096 (-2195-).

Ma il codice francese non avea preveduto il caso de'contabili che si trovassero già fuori dell'esercizio loro affidato, senza intanto aver dati i loro conti, e questo vuoto si è supplito dalle nuove leggi coll'articolo 2091, con cui si ordina che, per ottenersi la liberazione dell'ipoteca legale, è necessario che il terzo acquirente notificasse il tesoro, o l'intendente, il quale sarà tenuto tra 'l periodo di tre mesi a contare dalla intimazione avuta di for-

mare e depositare nella cancelleria del tribunale, ov' esistono i beni venduti, un certificato che dimostri la situazione del contabile. Se il certificato non sia stato depositato in detto termine, o se dal certificato risulta che il contabile non è debitore nell' uno e nell' altro caso, l' inscrizione rimarrà tolta di dritto senza che vi sia bisogno di una sentenza del magistrato.

Era senza dubbio liberale l' idea e degna di un Governo tutelare forte della sua previdenza e sincero dello zelo de' suoi funzionarii quella d' invitare lo Stato, gli stabilimenti pubblici, i comuni alla inscrizione per la conservazione de' loro interessi, come lo era invitato ogni altro particolare; ma è stato molto più liberale il pensiero adottato dalle nuove leggi di restringere al breve periodo di tre mesi il tempo in cui il terzo possessore acquirente di un immobile vendutogli da un funzionario pubblico, che si trova già fuori dell'esercizio delle sue sanzioni, dovesse palpitare per la liberazione del suo acquisto. Sì fatta disposizione salutare però, mentre tende a favorire sempre più la condizione de' terzi acquirenti, non priva il tesoro pubblico del dritto di domandare l'incanto nel termine di quaranta giorni, giusta l' articolo 2084.

CAPITOLO XI.

Del modo di purgare le proprietà dalle ipoteche e da' privilegii per mezzo dell'aggiudicazione dietro l' espropriazione forzata.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 230. Secondo i principii del dritto romano, allorchè il creditore vendea il pegno coll'autori-

tà del giudice dietro i termini e le formalità stabilite, di cui abbiamo fatto cenno col §. 205, il debitore veniva liberato per l'importare del prezzo ricevuto dal creditore, dovendosi imputare la somma percepita prima al pagamento degl' interessi scaduti ed indi il residuo in isconto della somma capitale. Vedi l'intero titolo del digesto *de distractione pignorum et hypothecarum, lib.* 20.

Che se il debitore ottenuto avesse dal principe la facoltà di ritenere il prezzo egli medesimo per dritto di proprietà, il debitore veniva liberato per l'importare di quella somma, per la quale veniva stimata la cosa. Se poi il prezzo della stima fosse superiore della somma del credito, il creditore era obbligato a rifondere tutta l'eccedenza al debitore. Vedi la legge 1 *cod. de iure domini impetrando*, non che il titolo 5, *lib.* 20, *ff. de distractione pignorum* (1).

Disposizioni del dritto francese e vigente riguardo al modo di purgare le proprietà da' privilegii e dalle ipoteche per mezzo dell'aggiudicazione.

§. 231. L'altro modo di liberare i fondi dalle ipoteche e da'privilegii che lo gravano, si è la ven-

(1) In forza di un rescritto dell'imperator Alessandro il creditore che volesse ottenere la proprietà de' pegni dovea esprimere i nomi de' debitori, che aveano sospeso il pagamento, e comprovare di aver osservato tutte le formalità ordinate.

Giustiniano poi dispose che il creditore, pria di presentarsi al principe per conseguire la proprietà della cosa pignorata, dovesse fare una denunzia al debitore, se fosse presente; se assente dovesse farne protesta innanzi al giudice, che fissava un termine entro il quale il debitore potesse giustificare il pagamento e l' estinzione del debito, scorso il quale il principe accordava al creditore il beneficio di ritenersi

dita forzosa seguìta dall'aggiudicazione, poichè lo scopo di ogni ipoteca non è che la vendita giudiziale de' fondi che ne sono gravati ad oggetto di soddisfarsi tutte le obbligazioni contratte da' debitori e tutte le condanne profferite contro di essi; art. 72 della legge concernente l' espropriazione forzata del 29 Dicembre 1828. Vedi Grenier, *tom.* 4, *n.* 473.

Quindi, l'aggiudicazione diffinitiva, dietro una espropria forzata seguìta dal giudizio di graduazione, rende l'immobile aggiudicato libero da tutt'i privilegii e da tutte le ipoteche anche legali e giudiziali, poichè la moltiplicità delle formalità che si richieggono per tal giudizio, la sua pubblicità, la lunga durata dell'espropriazione forzata han dovuto essere sufficienti per risvegliare l'attenzione de' creditori che abbian un privilegio od un' ipoteca legale indipendente da qualunque inscrizione. Vedi la decisione della Corte di cassazione riportata da Grenier, *tom.* 4, *n.* 490 (1).

Noi colla lezione 2, *tom.* 5, §§. 46 *a* 50, abbiam esposto i principii che regolar debbono l'espropriazione forzata, di cui le forme sono determinate dalla legge del 29 Dicembre 1828.

---

egli stesso il dritto di proprietà, giusta la stima che faceasene dal giudice. Vedi Pothier *in pandectas Justinianeas*, *lib.* 20, *tit.* 5.

(1) Ma dee dirsi altrettanto per le vendite volontarie fatte in giudizio tra maggiori, a'termini degli articoli 1042 e 1060 leg. di proc. civile (-966 *e* 984 *cod. di proc. franc.*-)?

In quanto alle prime, sembra che la trascrizione fosse assolutamente necessaria, poichè esse assimilansi in tutto alle vendite volontarie; ma non così per le seconde, perchè a' sensi dell'articolo 1041 leg. di proc. civ. (-965 *cod. di proc. franc.*-) desse assimilansi in tutto e per tutto all' espropriazione forzata. Vedi Persil sugli articoli 2181 *e* 2182 *cod. francese*.

Qui non abbiamo fatto che cennare solamente che l'aggiudicazione diffinitiva dietro l'espropria forzata produce l'effetto della liberazione delle ipoteche e de' privilegii, mentre che nel caso di una vendita volontaria e consensuale si richiede l'adempimento delle formalità sviluppate co'capitoli 8 e 9; ma non ci arrestiamo di osservare contro l'avviso di Grenier, *luogo citato*, che l'aggiudicazione da sè sola non produce l'effetto di liberare l'immobile aggiudicato dalle ipoteche o da'privilegii preesistenti, ma è necessario che sia seguìta dalla graduazione, perchè in tal caso il dritto de'creditori rimane diffinitivamente esaurito, mettendosi termine ad ogni relazione ulteriore tra il debitore ed il creditore. In fatti, mercè l'inscrizione i creditori privilegiati od ipotecarii non ottengono solo il fine della pubblicità de'loro privilegii ed ipoteche, ma scopo ed effetto principale dell'inscrizione si è eziandio quello di assicurare a'creditori il dritto di essere graduati e pagati de'loro crediti, art. 2060 (-2166-), e questo scopo non si ottiene se non dopo compiuto il giudizio di graduazione. Ecco perchè le leggi di procedura ne' giudizii civili cogli articoli 855 ad 858 (-771 *a* 774 *cod. di proc. franc.* -) stabiliscono che il conservatore dovesse di uffizio cancellare le inscrizioni, se l'aggiudicatario dimostrasse di aver fatto il pagamento del prezzo totale o a' creditori utilmente graduati, od al debitor pignorato, ed ecco perchè colla novella legge di espropria, art. 202, appagando il legislatore il voto manifestato unanimemente da tutt'i pratici della vecchia procedura ad oggetto di fare sparire tutte le dispute forensi, ha disposto che, dietro la chiusura diffinitiva del verbale di graduazione, i crediditori non saranno più in obbligo di rinnovare le rispettive inscrizioni nel caso di decorrimento del decennio.

CAPITOLO XII.

Della estinzione de' privilegii e delle ipoteche.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 232. Ne'titoli del digesto *quib. mod. pign. vel hypoth. solvuntur, de pignorat. act., de pign. et hypoth., de pact., de liberat. legat., de adquiren. vel amit. posses., de usurpat. et usucap.*, e ne' titoli del codice *de evit. pign., de distract. pignor., de praescript.* 30 *et* 40 *an.*, troviamo consagrato, che i privilegii e le ipoteche si estingueano

1. Colla estinzione dell'obbligo principale, per cui il pagamento, il deposito, la novazione, la remissione del debito, facendo estinguere il credito, estingueano parimenti l' ipoteca. *L.* 9 *ff. de pign. et hypot.*

2. Colla rinunzia del creditore all'ipoteca tanto espressa, quanto tacita, per cui se il creditore prestava il consenso alla vendita del fondo, l' ipoteca restava estinta. *LL.* 4, 7, 8 *e* 12 *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. tacit. contrah.*

3. Allorchè i creditori invitati ad insinuare il loro credito da colui che volesse comprare il fondo ipotecato all' asta pubblica, avessero trascurato di farlo.

4. Colla perdita del fondo sopra il quale era stabilita l'ipoteca, ma questa però risorgeva quando il fondo fosse di nuovo risorto, come se si trattasse di una casa diruta e poi riedificata. *LL.* 16 *e* 29 *ff. de pign. et hypoth.*

5. Per la risoluzione del dritto di colui che avesse costituito l' ipoteca in forza della massima *soluto iure dantis, solvitur ius accipientis. L.* 54 *ff. de reg. iuris.*

6. In fine, colla prescrizione di anni trenta, in forza della legge 3 *cod. de prescript.* 30 *vel* 40 *annor.* degli imperatori Arcadio ed Onorio, ma solamente quando il fondo si trovasse nelle mani del terzo possessore, perchè, rimanendo in potere del debitore, questi non potea giammai prescrivere, giusta la massima consagrata dal giureconsulto Papiniano colla legge 1 *ff. de pign. et hypoth.*, ove si sanziona: *pignoris causam usucapione perimi non placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur*; e giusta ancora l'intero titolo del codice *si adversus creditor praescript. oppon.* I crediti poi semplicemente privilegiati e non ipotecarii si prescriveano alcuni in anni trenta ed altri in quaranta; *l.* 31 *ff. de relig. et sumpt. funer.* Vedi Taglioni sull'articolo 2180, *nota ultima.*

Disposizioni del dritto del regno pria del 1809 relativamente all'estinzione de' privilegii e delle ipoteche.

§. 233. Per dritto patrio pria del 1809 si seguivano le disposizioni del dritto romano sul proposito, ma dopo la prammatica del 1742 *de praescript.*, mentre si è negato al debitore il dritto di poter prescrivere supponendolo sempre in mala fede *ob conscientiam debiti*, si è, per l'opposto, la buona fede presunta di dritto nel terzo possessore, bastando per lui il solo elasso del tempo di anni trenta per fargli godere tal beneficio, quando riunisse gli altri requisiti richiesti dal dritto canonico e dal dritto comune. *Coeterum* (son parole di detta prammatica) *in tertio possessore bonam fidem praesumendam esse, ideoque lapsu triginta annorum a die natae actionis, ac deductis temporibus iure deducendis, legitima praescriptione eum recte uti posse.*

§. 234. Le nuove leggi riconoscono anche gli stessi mezzi di estinzione de' privilegii e delle ipoteche consagrati dal dritto romano. Quindi, 1. il pagamento, 2. l'offerta reale seguìta da un deposito, 3. la novazione, 4. la confusione, 5. la remissione volontaria del debito, facendo sparire il credito, l'estinzione dell'ipoteca ch'è suo accessorio ne viene di conseguenza, non potendo l'accessorio sussistere subito che l'obbligazione principale è estinta.

La rinunzia volontaria del creditore all'ipoteca è anche sufficiente ad estinguerla, malgrado che il debito continuasse a sussistere; e siccome la rinunzia può farsi espressamente o tacitamente per mezzo di un consenso dato per l'alienazione di un fondo ipotecato, così dee dirsi che la rinunzia tacita produce lo stesso effetto della rinunzia espressa.

L'adempimento delle formalità imposte a'terzi possessori per purgare l'immobile dalle ipoteche e da' privilegii esistenti è meno un mezzo di estinguere le ipoteche, che di realizzarlo, perchè, come abbiam osservato col capitolo 7, §§. 223 *a* 227, i creditori ipotecarii e privilegiati hanno il dritto di essere soddisfatti del loro credito sul prezzo del fondo ipotecato senza di che non avrà luogo la liberazione. Siccome però quando il prezzo è al di sotto de'crediti, se questo viene interamente assorbito da' creditori anteriori, le inscrizioni si cancellano anche per i crediti posteriori non soddisfatti; così questo mezzo si annovera anche tra'modi di estinzione de' privilegii e delle ipoteche.

Le nuove leggi per le due Sicile coll' articolo 2074 aggiungono un quarto numero ne' seguenti termini: « i privilegii e le ipoteche si estinguono

« colla risoluzione del dritto di colui che ha co-
« stituita l'ipoteca, a' termini dell' articolo 2096. »
Un semplice errore di citazione ha fatto indicare l' articolo 2096 in vece dell' articolo 2011, poichè, avendo quivi il legislatore permesso che coloro i quali hanno sull'immobile un dritto sospeso da condizione, o capace ad essere risoluto o rescisso, potessero contrarre un' ipoteca soggetta alle medesime condizioni sospensive o risolutive, dovea necessariamente prevedere il caso in cui, essendosi il dritto risoluto o non essendosi ancora verificato per l'inadempimento della condizione sospensiva, dovesse l'ipoteca rimanere estinta, come nel caso di colui che ipoteca un fondo soggetto al patto di ricompra.

Finalmente, il dritto francese e vigente di accordo riconoscono nella prescrizione un mezzo di estinguersi l'ipoteca, ma distinguendo giustamente il debitore che si trovasse in possesso del fondo dal terzo acquirente, sanzionano che al primo non possa giovare che la prescrizione del trentennio, la sola applicabile all' azione reale, com' è l' ipoteca; art. 2168 (-2262-): mentre che al secondo giova la prescrizione de' dieci anni fra presenti e venti fra gli assenti, applicabili a coloro che vogliono acquistare il dominio di un immobile con giusto titolo; ma per evitare che il creditore non rimanesse vittima della sua buona fede, fidando nella garentia che gli presenta l'inscrizione del suo credito, esigono che la prescrizione in tal caso non cominci a decorrere se non dal giorno in cui il titolo di acquisto è stato trascritto nella conservazione delle ipoteche. Il creditore allora informato del passaggio che ha fatto il fondo a lui ipotecato nelle altrui mani, potrà con una regolare citazione intimata al terzo possessore interrompere il corso della prescrizione, giacchè la sola inscrizione

per espressa dichiarazione della legge non è sufficiente ad interrompere il corso nè in favore del debitore, nè in favore del terzo possessore; art. 2074 (-2180-).

Si osservi non pertanto 1. che la prescrizione stabilita cogli articoli citati non ha luogo a pro dei successori universali del debitore, o per coloro che sono personalmante obbligati al debito. Essi non possono giovarsi che della prescrizione del trentennio, quando un termine più breve non fosse sufficiente ad annientare l'obbligazione del debitore, com'è il caso dell'ipoteca legale del minore contro del tutore per azioni relative alla tutela, la quale si estingue fra dieci anni dalla maggior età; art. 398 (-475-). Vedi Persil, sull'articolo 2180; e Battur, trattato de' *privilegii ed ipoteche*, *n.* 726.

2. Che la prescrizione de' privilegii e delle ipoteche non corre contro coloro i quali non possono dimandare il credito, o perchè sospeso da condizioni, o perchè non ancora è scaduto, o perchè è vietata l'esazione del credito per essere tuttavia indeterminato, com'è il caso delle donne maritate e de'minori; art. 2158, 2159, 2161 e 2162 (-2252, 2253, 2255 *e* 2256-).

CAPITOLO XIII.

Della pubblicità de'registri e della risponsabilità de' conservatori.

Disposizioni del dritto francese e vigente sul proposito.

§. 235. Esaurita tutta la materia de'privilegii e delle ipoteche, il di cui edificio, come abbiamo detto, risposa sulle due basi principali della spe-

cialità e della pubblicità, le nuove leggi han dovuto dare alcuni provvedimenti salutari per garentirne gli effetti, chiamando risponsabili i conservatori in caso d'inadempimento degli obblighi che loro impone la legge.

Questi obblighi o sono relativi alle formalità della trascrizione od a quelle dell' inscrizione. I conservatori sono nel dovere 1. di trascrivere nei loro registri senza ritardo gli atti di mutazione che vengono loro presentati; 2. d'inscrivere ne'loro registri tutt'i crediti, de'quali verranno richiesti dietro l'esibizione della nota che gli farà il richiedente; 3. di rilasciare alle parti i certificati delle trascrizioni degli atti di mutazione o delle inscrizioni richieste ne'loro ufficii, o pure il certificato che non esiste alcuna inscrizione; art. 2097 e 2098 (-2196 *e* 2197-). Per l'inadempimento di ciascuno di questi doveri, essi sono risponsabili verso le parti di tutt' i danni ed interessi, che alle medesime avranno potuto cagionare per effetto delle loro omissioni o mancanze, ma è necessario che il danno siasi verificato, perchè il conservatore potesse essere soggetto a condanna. Quindi, se il conservatore omettesse in un suo certificato di riferire uno o più pesi inscritti, ed in seguito il terzo possessore di un immobile, adempiendo alle formalità degli articoli 2082 a 2085 (-2183 *a* 2186-), avesse già purgato il suo acquisto dalle ipoteche; pagando i creditori menzionati col certificato, in tal caso solamente i creditori, di cui il nome ed il credito fosse stato omesso nel certificato, avrebbero il dritto di farsi indennizzare dal conservatore per il danno che loro n' è risultato; art. 2099 (-2198-).

Così del pari, se il conservatore avesse ritardata la trascrizione di un atto di mutazione e nel frattempo corso per lo ritardo siasi presa un' iscri-

zione, la quale sarebbe stata inefficace se il conservatore non avesse ritardata la trascrizione del titolo, è in questa ipotesi solamente che il conservatore può essere tenuto al risarcimento del danno cagionato per effetto della sua negligenza, dopo essersi verificato al ritardo od il rifiuto per mezzo di un processo verbale da stendersi ad istanza della parte interessata, sia dal giudice di circondario, sia da un usciere, sia da un notaio assistito da due testimonii.

Del resto, la legge ad ottenere il fedele adempimento delle formalità relative al sistema ipotecario, portando più oltre le sue provvidenze e senza pregiudizio della risponsabilità del conservatore, ha stabilito

1. Che i conservatori dovessero tenere un registro, sul quale inscriveranno giorno per giorno e con ordine numerico le esibizioni che loro verranno fatte degli atti di mutazione per essere trascritte, o delle note per essere inscritte.

2. Che dovranno dare a'richiedenti un riscontro in carta bollata, sul quale si esprimerà il numero del registro in cui sia stata notata l'esibizione.

3. Che non potranno trascrivere gli atti di mutazione, nè inscrivere le note su'registri a ciò destinati se non colla data e secondo l'ordine che saranno ad essi esibiti.

4. Che tutt'i registri dovessero essere in carta bollata, numerati e cifrati in ciascuna pagina da uno de' giudici del tribunal civile, e chiusi e firmati giorno per giorno.

5. Che le menzioni de' depositi, le inscrizioni e le trascrizioni debbano farsi su'registri senza interruzione e senza lasciare veruno spazio in bianco.

6. Che per le contravvenzioni alle disposizioni

comprese ne'quattro numeri precedenti, il conservatore fosse tenuto ad una multa di ducati cinquanta fino a ducati dugento per la prima volta, ed alla pena della destituzione per la seconda; e per la contravvenzione al disposto col numero 5. fosse tenuto ad una multa di ducati dugento fino a ducati quattrocento. Ove si verificassero danni ed interessi verso i terzi, debbano esser pagati in preferenza della multa; ma dessa è sempre dovuta sia o no avvenuto il danno; art. 2101 a 2104 (-2200 a 2203-).

Dopo tutte queste precauzioni si può attendere con fiducia di vedere sparire non solo i falli e le parzialità nocevoli alle parti interassate, ma bensì di vedere esattamente osservate le forme che garentir debbono la pubblicità affidata esclusivamente a' conservatori, l' esattezza de' quali è stata richiamata da pene giuste e corrispondenti allo scopo che il legislatore si è proposto per l'esecuzione di una legge che più di tutto onora i lumi del secolo XVIII, perchè tende a garentire con egual successo il cittadino che vuole credito e quello che vuole farne.

PARTE TERZA.

De' mezzi atti ad estinguere le obbligazioni.

LEZIONE QUATTORDICESIMA.

Delle transazioni.

Transizione. Scopo ed oggetto delle transazioni.

§. 236. Dopo aver esposte le regole comuni a tutte le convenzioni in generale, non che quelle che sono proprie a ciascuno de' contratti contrase-

gnati con particolari denominazioni, sieno essi principali, sieno accessorii, ci resta ora a parlare delle maniere per pervenire all'estinzione delle obbligazioni.

Queste abbracciano le transazioni, di cui ci occupiamo colla lezione presente, la prescrizione e l'arresto personale, di cui ci occuperemo colle lezioni che seguono.

Le liti sono indubitatamente le malattie morali del corpo sociale. Il decreto del magistrato può definirle, la prescrizione può assorbirle, ma la transazione proveniente dalla libera volontà delle parti, meglio illuminate su' loro rispettivi dritti, tende a soffogare lo spirito di dissenzione tanto fatale al riposo della società, riunisce talune famiglie lungo tempo divise, e rinnovando le antiche amicizie esercita una sensibile influenza ne' piaceri e nella dolcezza della vita.

Noi, occupandosi di questo interessante contratto, esamineremo colla solita brevità 1. qual sia la sua natura; 2. quale la forma e quali gli effetti; 3. tra quali persone e su quali cose si possa transigere; 4. a quali oggetti ed a quali persone si estendono le transazioni; 5. finalmente, casi ne'quali la transazione si possa o non si possa rescindere, seguendo sempre il nostro sistema del confronto della legislazione attuale colle leggi precesistenti.

Della natura della transazione e suoi requisiti essenziali per dritto romano.

§. 237. I giureconsulti romani definivano la transazione per una convenzione, con cui si dava, si prometteva o si riteneva qualche cosa affin di estinguere una lite già mossa o da muoversi. *Tran-*

sactio, nullo dato vel retento, seu promisso minime procedit. L. 38 *cod. de transact.* (1).

Quindi, due erano i requisiti essenziali per la validità di una transazione, cioè 1. che qualche cosa fosse data, ritenuta o promessa, perchè, giusta il rescritto di Diocleziano e di Massimiano nella legge 3 *cod. de repud. vel abstin. haered.*, ove nulla si fosse dato, ritenuto o promesso, non vi è transazione; 2. che ciò che si era dato, ritenuto o promesso, avesse avuto per unico e principale scopo di estinguere una lite o incominciata o da incominciare, per lo che era nulla la transazione *post rem iudicatam*, qualora non si fosse interposto appello, e se qualche cosa si fosse data in forza di una simile transazione impular doveasi sulla cosa giudicata. Vedi il libro 2 delle pandette, *tit.* 15, ed ivi Pothier, non che le leggi 2, 22 *e* 24 *ff. de transact.*

Della natura della transazione e requisiti che ne costituiscono l'essenza per dritto francese e vigente.

§. 238. La transazione, secondo i principii delle nuove leggi, può definirsi con Pigeau per « *un* » *contratto, mediante il quale le parti pongono* » *termine ad una lite già incominciata, ovvero* » *prevengono una lite che sta per nascere, sacri-* » *ficando o modificando rispettivamente, o soltan-* » *to una di esse, tutte o parte delle loro preten-* » *zioni sopra di un oggetto di cui possono dispor-* » *ne* ; » art. 1916 (-2044-) (2).

---

(1) Colla legge 1 *ff. de transaction.* Ulpiano dice: *qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit*, perchè realmente chi transige valuta più il pericolo di perdere, che la speranza di guadagnare, per cui si determina a sacrificare parte o tutte le sue pretensioni per prevenire o dar termine ad una lite.

(2) Dalla definizione data alla transazione risulta, che

Da tal definizione risulta 1. che la transazione, essendo un contratto, è soggetto alle regole comuni a tutt'i contratti da noi esposti col tomo IV. 2. Che nelle transazioni talora una delle parti sacrifica tutte le sue pretenzioni, allorchè illuminata su'suoi veri interessi si determina a rendere volontariamente giustizia al suo contraddittore, o per istanchezza, o per generosità si risolve a rilasciare i proprii dritti per liberarsi dalle pene e dalle inquietudini, alle quali una lotta giudiziaria potrebbe esporla. Talora si transige abbandonandosi d' ambe le parti una porzione delle loro pretese, mitigandone il rigore. 3. Che la transazione può aver luogo anche quando una sol parte abbia talune pretenzioni che sacrifica in tutto o in parte senz'altro compenso che la quiete e l'allontanamento di una lite. 4. Che, in fine, la transazione tende non solo a terminare una lite già incominciata, ma eziandio ad impedire una contesa non ancora portata in giudizio, ma che aveasi intenzione di produrre. Vedi Pigeau, *procedura civile*, *lib.* 1, *tit.* 2, *pag.* 4.

---

la prima e più interessante condizione per renderla valida si è che vi fosse una lite incominciata o da nascere, poichè altrimenti la transazione mancherebbe del suo scopo essenziale, ma non è necessario che la lite sia fondata, o che il timore della lite sia reale. Basta che una lite esista, o si temesse, la transazione sarà sempre valida comunque panico fosse il timore dell' evento, checchè abbian insegnato in contrario Duareno, *de transact.*, *cap.* 2, Vinnio, *de transact.*, *cap.* 4, interpetrando le leggi 65 *ff. de condict. indeb.*, e 1 *ff. de calunniator.* La legge esige solamente che una lite esista, o che una delle parti la tema senz'altro aggiungere, perchè il legislatore ha riflettuto che con tale soggiunta si costringerebbero le parti a litigare per forza, mentr' esse anche nella certezza di garentire i loro dritti possono con piccoli sacrifizii evitare mediante la transazione quegl' incommodi, quelle spese e que' mali umori che le liti naturalmente producono. Vedi il discorso del consigliere Bigaut-Preameneau sulle *transazioni*.

§. 239. Il dritto romano riconoscea due specie di transazioni, l'una giudiziale di cui è oggetto ne'titoli del digesto *de recept. qui arb. recept.* e del codice *de recept. arbitr.*, e l'altra estragiudiziale di cui è oggetto ne'rispettivi titoli del codice e del digesto *de transactionibus.*

Occupandoci solamente di queste ultime, osserviamo, che non vi era forma particolare per le transazioni stragiudiziali per dritto romano, potendosi fare per mezzo di scrittura e senza; per mezzo di stipulazione semplice o per mezzo di stipulazione aquiliana; in giudizio o fuori; in fine, col nudo patto s'era confermato dal fatto; *ll.* 1 *a* 38 *cod. de transaction.* Per ciò l'imperatore Alessandro dice: *cum te transigisse cum haerede quondam tutoris tui profitearis; si id post legitiman aetatem fecisti, frustra desideras ut a placitis recedatur. L.* 4 *cod. de transaction.*

Ed altrove lo stesso imperatore dice: *transactum accipere quis potest non solum se Aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum fuerit factum. Lib.* 74 *ad aedictum.*

Gli effetti della transazione poi erano i seguenti: 1. che quando senza far uso della stipulazione aquiliana alcuno si fosse fatto promettere per transazione che non gli verrebbe domandata una qualche cosa, la transazione producea a suo favore una eccezione per respingere la domanda. 2. Quando poi avesse impiegata la stipulazione aquiliana veniva liberato di pieno dritto. 3. Che quando si fosse stipulata una pena per la fermezza della transazione colui che l'avea stipulata, quante volte fosse chiamato in giudizio contro la fede della stipulazione avea la scelta o di domandare la pena, o di difendersi colla stipulazione aquiliana: ma se la pe-

na si fosse stipulata coll' espressa condizione *rato manente pacto*, poteasi domandare o la pena o la fermezza della trasazione. 4. Che quando colla transazione si fosse promesso di darsi qualche cosa, se la transazione stava ne' limiti del patto nudo, non producea azione civile, ma s' era avvalorata dalla stipulazione producea l' azione *ex stipulatu*; e se si fosse data o fatta qualche cosa producea l' azione detta *praescriptis verbis*. 5. Che, in fine, coloro che non manteneano la fede di una transazione munita da un giuramento, in forza di un rescritto di Arcadio ed Onorio, non solamente erano notati d'infamia, ma erano privati dell'azione, condannati a restituire la pena se si fosse convenuta, e spogliati di tutt'i vantaggii che acquistati avessero mediante il patto, e che si trasferivano all'altro contraente che avesse serbata la fede. *LL.* 5, 6, 9, 15, 17, 28, 36, 37, 40 *e* 41 *cod. de transaction.*, *e lib.* 2, *tit* 15, *ff. eod.*

Della forma e degli effetti della transazione per dritto francese e vigente.

§. 240. Le nuove leggi riconoscono anche due specie di transazioni, cioè la giudiziale, che si fa per mezzo di compromessi, di cui si tratta nel codice di procedura civile, e l'estragiudiziale, che dipende dal libero voto de' contendenti senza il concorso del giudice, ma per quest'ultima si richiede essenzialmente la scrittura, perchè, come osserva il tribuno Albison, *esposizione de' motivi*, *n.* 98, dovendo la transazione dar termine ad una lite, si richiederebbe di farne nascere una nuova con farne dipendere l' effetto da un problema sull'ammissibilità o su' risultamenti di una pruova testimoniale; art. 1916 (-2044-).

È poi indifferente che la scrittura sia privata,

per atto pubblico, o per atto in brevetto, basta che la transazione sia distesa per iscritto, il voto della legge è compiuto (1).

Circa poi gli effetti della transazione, le nuove leggi, riguardandole sempre con occhio favorevole, le attribuiscono la forza di una sentenza inappellabile e l' autorità istessa della cosa giudicata, art. 1304, 1306 e 1924 (-1350, 1352 *e* 2052-), ed allondanandosi inoltre dalle regole generali stabilite per le altre convenzioni, art. 1172 (-1219-), dispongono, che quante volte alla transazione si fosse aggiunta la stipulazione di una penale contro colui che avesse mancato di eseguirla, verificandosi l' inadempimento, potesse esigersi la penale, e nel tempo stesso obbligarsi l'inadempiente a dare, fare o non fare ciò che ha promesso per mezzo della transazione; art. 1919 (-2047-).

Tra quali persone e per quali cose si potea transigere per dritto romano?

§. 241. Secondo i principii del dritto romano per poter transigere era necessario che si potesse disporre degli oggetti che si contendeano, per lo che i tutori, i curatori, gli amministratori non poteano mai transigere senza il permesso del magistrato; il procuratore non potea transigere se non fosse munito di un mandato speciale e colla clausola *cum libera*; il padre non potea transigere su i beni del figlio emancipato; un socio di lite non potea transigere per la sua semplice quota; in fine, un erede fiduciario non potea transigere senza il

(1) Circa la distinzione tra atto in brevetto, atto pubblico, o scrittura privata, vedi quanto si è detto col tomo 4, *pag.* 252, §. 85; e Pigeau, *lib.* 2, *part.* 1, *cap.* 2, *sezione* 1, §. 1; *e part.* 2, *lib.* 2, *cap.* 1, *art.* 1.

consenso del fedecommessario. Vedi gl'interi titoli del codice e del digesto *de transaction.*; *ll.* 2 *e* 4 *cod. de praed. et aliis reb. min.*; 60 *de procurat.*; 3 *de commun. rer. alienat.*; *e* 36 *ff. ad SC. Trebellianum.*

Le cose poi soggette a transazione erano quelle su cui o era insorta o stava per insorgere una lite, purchè fossero in commercio e non interessassero l'ordine pubblico. Quindi, non poteasi transigere sopra un delitto privato che per rimettere la pena pecuniaria; ma l'infamia non era soggetta a transazione, come non poteasi nè anche transigere su' delitti pubblici. Vedi l'intero titolo del digesto *de hiis qui notant. infam.*; le istituzioni *de poen. tem. litigant.*; e la legge 18 *cod. de transaction.*

In fine, dietro l'orazione recitata dall'imperatore Marco al senato, il dritto romano dichiarava nulla la transazione degli alimenti, ove il pretore non vi avesse interposta la sua autorità; e la nullità colpiva non solo gli alimenti lasciati per testamento, ma eziandio quelli lasciati per codicillo o donazione *mortis causa*, o per adempiere ad una condizione, ma il divieto non si estendea nè agli alimenti donati per atto tra vivi, nè agli altri legati annui. Vedi la legge 8 *ff.*, *lib.* 5, *de omnib. tribun.*; il titolo 15 *ff. de transact.*, non che l'altro titolo del digesto *de ann. legat.*, *lib.* 33, e Pothier *in pandectas Justinianeas*, *lib.* 2, *tit* 15.

Tra quali persone e per quali cose si possa transigere per dritto francese e vigente?

§. 242. Poichè secondo i primcipii delle nuove leggi la transazione è una maniera di disporre de' proprii dritti ed un mezzo atto ad estinguere

le obbligazioni, è chiaro che non possono transigere se non coloro che hanno la capacità di disporre degli oggetti compresi nella transazione; art. 1917 (-2045-).

Quindi, non possono transigere 1. i minori sotto tutela; 2. gl' interdetti; 3. i minori emancipati su tutto ciò ch' eccede i limiti dell' amministrazione; 4. i tutori de' beni de' minori senza il consenso del Consiglio di famiglia, il parere di tre giureconsulti e l'autorizzazione del tribunale; 5. le donne maritate senza il consenso speciale de' loro mariti; 6. gl' individui messi sotto l' assistenza di un consulente giudiziario; 7. i mandatarii non muniti di procura espressa e speciale a transigere; 8. coloro che hanno ottenuto l' immissione provvisionale nel possesso de' beni dell' assente; 9. i comuni e gli stabilimenti pubblici senza il permesso del Governo; art. 134, 206, 207, 212, 213, 342, 387, 395, 404, 407, 422, 432, 536 1860 e 1917 (-128, 217 218, 223, 224, 420, 464, 472, 481, 484, 499, 509, 611, 1988 *e* 2045-).

In quanto poi alle cose suscettibili di transazione la legge richiede che la cosa sia in commercio e che non interessi l' ordine pubblico; è su tali oggetti soltanto che i privati possono contendere, e quindi su tali oggetti unicamente è loro permessa la facoltà di transigere. Quindi, si può transigere sopra un interesse civile che risulta da un delitto, ma la transazione non è d' ostacolo al procedimento per parte del ministero pubblico; art. 1918 leggi civili e 344 leg. di proc. civ. (-2046 *codice civile e* 249 *cod. di proc. franc.*-).

Tutte le altre condizioni richieste per la validità delle convenzioni in generale e da noi espresse col volume IV, §. 5, sono anche applicabili alle transazioni.

A quali oggetti ed a quali persone si estendeano le transazioni per dritto romano?

§. 243. Comunque fosse sacra la forza della transazione per dritto romano, equiparandosi ad una sentenza passata in autorità di cosa giudicata, pur tuttavolta essa non si estendea giammai se non a quelle differenze ch'erano state contemplate, se non a' dritti controversi e per l' esperimento de' quali o erasi principiata o temevasi una lite; nè poteasi opporre se non alle parti ch'erano intervenute nel contratto ed a' loro aventi causa. Vedi gl'interi titoli del digesto e del codice *de transaction.*; non che l'altro intero titolo del codice *res inter alios acta aliis non nocet.*; ed in fine le leggi 10 *e* 27 *de pact.*

Perciò gl'imperatori Diocleziano e Massimiano colla legge 31, *cod. de transact.*, sanzionano: *si de caerta re pacto transactionis interposito, hac comprehensum erat, nihil amplius peti; et si non additum fuerat eo nomine de caeteris, tamen quaestionibus integra permaneat actio.* Ed Ulpiano dice: *transactio enim quaecumque sit de iis tantum de quibus inter convenientes placuit, interposita creditor.* E per l' istesso motivo Scevola insegna che la transazione non giova ad altri se non a quello con cui fu fatta ed a'suoi eredi; che non giova nè nuoce al terzo; che, finalmente, non nuoce nè anche a colui che ha transatto, qualora volesse egli servirsi del dritto altrui. Vedi il libro 4, *l.* 3 *ff. de transact.*, e l' intero titolo del codice *eod.*

A quali oggetti ed a quali persone si estendono le transazioni per dritto francese e vigente?

§. 244. Le nuove leggi adottano gli stessi principii del dritto romano, per lo che, comunque la

transazione fosse rivestita dell'istessa forza degli atti ch'emanano dall'autorità pubblica, art. 1924(-2052-), pur tuttavolta essa non si estende se non alle differenze che si trovano comprese nell'atto, e solamente tra le parti che vi hanno prestato il loro consenso, loro eredi ed aventi causa, per cui una rinunzia comunque in termini generici a tutt'i dritti, azioni e pretenzioni, non s'intende operativa se non per la sola differenza che ha dato motivo alla transazione, rimanendo interi gli altri dritti per gli altri oggetti non transatti, sia che questi fossero personali, sia che fossero acquisiti posteriormente; nè mai la transazione fatta con uno degl'interessati lega gli altri che non fecero parte del contratto; art. 1118, 1920, 1922 a 1924 (-1165, 2048, 2050 *a* 2052-). Vedi ancora Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *n.* 91 *a* 102.

In quali casi e per quali cause poteasi rescindere la transazione, e per quali cause non era lecito recedere dalla medesima per dritto romano?

§. 245. Per dritto romano la transazione poteasi rescindere in caso di errore sulla persona o sull'oggetto della controversia; nel caso che si fossero riconosciuti falsi i documenti su' quali si era transatto; nel caso che si fosse transatto su di un testamento senza conoscerne il tenore; nel caso, finalmente, che la controversia si trovasse decisa con una sentenza irretrattabile passata in giudicato, qualora fosse stata ignota alle parti nel momento della transazione. Vedi le leggi 9 *ff. de transact.*; 15, 19, 24, 35 *e* 44 *cod. eod.*; 23 *ff. de condict. indeb.*; 1 *ff. testam. quaemad. aper.*; e la novella 51, *cap.* 1.

Si rescindea ancora la transazione per timore grave, o per violenza, in forza dell'editto perpetuo,

com'è da vedersi nell'intero titolo del digesto *quod metus causa*, non che per causa di dolo, specialmente quando per fatto di una delle parti si fossero occultati i titoli, che avrebbero potuto estinguere la controversia; ma se vi erano occorsi errori di calcolo, questi si correggeano senza punto diminuire l'autorità della transazione. *LL.* 4, 13 *e* 19 *cod. de transact.;* 65 *ff. de condict. indeb.*, *ed unic cod. de error. calcul.* (1).

---

(1) Era quistione tra gl'interpetri del romano dritto 1. se si potesse rescindere una transazione per la lesione enorme ed enormissima; 2. se si potesse rescindere una transazione sopra una quistione nascente da un testamento, senza prima conoscersi il testamento medesimo; 3. se, finalmente, potesse rescindersi una transazione allorchè si trovavano nuovi documenti ignoti a' transigenti.

In quanto alla prima quistione, Vinnio colle sue *quistioni scelte*, *lib.* 1, *cap.* 57, e Gail, *lib.* 2, *osservaz.* 70, sosteneano la negativa poggiati sulle leggi 10 *cod. de transact.*, 33 *cod. eod.*, 3 *cod. de plus petit.*, 65 *ff. de condict. indeb.*, e 78 *ff. ad Senat. Consult. Trebellianum.* Bartolo poi e la Glossa sosteneano doversi ammettere il difetto della lesione enorme per le leggi 65 *ff. de condict. indeb.*, 17 *ff. de inst. act.*, e 36 *ff. de verb. oblig.*

Finalmente, Fabro *in cod.*, *lib.* 2, *tit.* 4, *defin.* 10, sostenea con molti altri suoi seguaci doversi ammettere contro le transazioni il solo rimedio della lesione enormissima, e questa sentenza, quantunque non molto consentanea alle disposizioni del dritto romano, era comunemente ricevuta nel foro, come ci assicura Sardo, *consult.* 480, *n.* 14, e Menoquio, *consult.* 401, *n.* 153.

In quanto alla seconda quistione, coloro i quali sostengono l'inammissibilità dell'azione di rescissione, tra' quali Eineccio, fondano sulle leggi 12 *ff. de transact.*, 78 *ff. ad Senat. Consult. Trebellianum*, e 3 *ff. de transact.*; ma l'ammissibilità dell'azione di rescissione è consagrata testualmente nelle leggi 1 *ff. testam. quaemadmd. aperiant.*, e 6 *ff. de transact.*, e tal'era allora l'opinione ricevuta nel foro, come ci assicura Vinnio, *quistioni scelte*, *lib.* 1,

Non si poteano poi le transazioni rescindere nè per causa dell'evizione sofferta da colui al quale si fosse data qualche cosa in forza del contratto, nè per causa di un documento posteriormente rinvenuto, quando non si fosse occultato dolosamente dalle parti, nè, in fine, per errore di dritto o per causa di lesione, checchè abbian insegnato in contrario Bartolo e la Glossa sulla legge 78 *ff. ad Senat. Consult. Trebellian.* Vedi l'intero titolo del codice *de transact.*; la legge 12 *cod. de pene ad facti ignorant.*; Vinnio, *quistioni scelte, lib.* 1, *cap.* 57, e Pothier, *in pandect. Justinian., lib.* 2, *tit.* 15, *art.* 5, *n.* 18.

In quali casi si possa o non si possa rescindere la transazione per dritto francese e vigente?

§. 246. Le nuove leggi di accordo dispongono, che le transazioni potessero rescindersi 1. per dolo; 2. per violenza; 3. per errore sia su l'oggetto della transazione, sia sulla persona; 4. allorchè è fondata su di una causa illecita; 5. per la incapacità de'contraenti; 6. se niuna lite nata o da nascere ha dato luogo al contratto, o se la lite si è soltanto simulata per nascondere sotto il nome di transazione un atto qualunque (1); 7. per la lesione ol-

---

cap. 8, *et de transact.*, *cap.* 5, non che Gail, *lib.* 2, *osservazione* 139, *n.* 9 *e* 10.

In fine, sull' ultima quistione si ricorrea al testo di Scevola contenuto nella legge 3 *ff. de transact.*, per sostenere la rescissione, ma la contraria opinione è testualmente consagrata dalle leggi 19 *e* 29 *cod. de transact.*, ed è stata comunemente ricevuta nel foro, non rescindendosi la transazione se non quando i documenti fossero nascosti per dolo di una delle parti.

(1) La legge 6 *de contrah. empt.* ci offre il caso di una

tre un quarto, allorchè la transazione ha per iscopo di far cessare l'indivisione tra coeredi; 8. s'è stata fatta in esecuzione di un titolo nullo e le parti non abbiano espressamente trattato sulla nullità; 9. se siensi riconosciuti falsi i documenti, sull'appoggio de'quali la transazione è stata fatta; 10. se la transazione riguarda una lite terminata con una sentenza passata in giudicato, di cui entrambe le parti o una di esse, non aveano notizia; 11. se, finalmente, si fosse transatto sopra di un oggetto, sul quale è provato in forza di titoli nuovamente scoverti, che una di esse non avea alcun dritto; art. 807, 808, 1064, 1067, 1070, 1077, 1078, 1918, 1925, 1926 e 1929 (-887, 888, 1110, 1113, 1116, 1123, 1124, 2046, 2053, 2054 *e* 2057-).

È però da riflettersi che l'ultima causa di rescissione non è applicabile se non alle transazioni che riguardano un oggetto particolare, perchè se la transazione fosse generica e relativa a tutti gli affari che potessero essere tra le parti, e documenti che loro erano ignoti in quel tempo e che posteriormente sieno stati scoperti, non costituiscono una causa di rescissione se non quando sieno stati occultati per fatto di una delle parti medesime; art. 1929 (-2057-). Vedi Domat, *leggi civili, tom.* 2, *part.* 1, *lib.* 13, *sulle transazioni.*

Le transazioni poi non possono nè impugnarsi,

---

vendita fatta sotto la forma di una transazione, e decide che l' atto vale soltanto come atto di vendita, non essendo stata la conseguenza di una lite precedente o da nascere tra le parti. *Nam id quod actum est* (son parole della legge) *potius, quam id quod dictum est, sequendum est.*

La legge 1, *cod. plus valere quod agitur*, ci offre il caso di una lite simulata per dar forza alla transazione, e decide, che in tal caso la transazione è nulla, perchè *in*

nè rescindersi 1. per errore di dritto (1); 2. per lesione; 3. per errore di calcolo; dovendosi in quest'ultimo caso correggere l'errore senza portare alcun pregiudizio alla validità delle transazioni; art. 1924 a 1930 (-2052 *a* 2058-).

---

contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet.

(1) L'ultima parte della disposizione dell'articolo 1924 (-2052-) sembra essere in contraddizione coll'articolo 1925 (-2053-), poichè, mentre col primo si stabilisce che l'errore di dritto non costituisce causa di nullità delle transazioni, col secondo, per l'opposto, si dichiara rescindibile la transazione fatta in esecuzione di un titolo nullo.

Comunque le nuove leggi non ammettessero generalmente la distinzione tra errore di dritto ed errore di fatto, come abbiam osservato col tomo 4, *pag.* 17 *a* 22, §. 7, pur tuttavolta questa distinzione è stata adottata pel rispetto dovuto alla transazione, ma l'errore di dritto è limitato esclusivamente ad ignoranza di legge, che non si presume e che non può in conseguenza addursi in iscusa, senza potersi confondere colla nullità di cui è oggetto nell'articolo 1926. Così, se io ho transatti i dritti ereditarii che mi accordava un testamento mancante di una formalità sostanziale, come p. e. la mancanza della lettura al testatore in presenza de' testimonii, io non posso rescindere la transazione sul pretesto che il testamento fosse nullo, perchè io avrei dovuto non ignorare la disposizione di dritto che fulminava la nullità dell'atto, e quindi l'azione di rescissione fondata sull'errore di dritto sarebbe inammessibile in forza delle disposizioni dell'articolo 1924. Ma se, per l'opposto, la transazione si fosse fatta in esecuzione di un testamento, la di cui copia non contenesse la mancanza della lettura al testatore in presenza de' testimonii, scovrendosi questa posteriormente nella minuta del testamento originale, io potrei ben rescindere la transazione fatta in esecuzione di un titolo nullo, perchè la nullità materiale che costituisce un errore di fatto non mi era nota all'epoca della transazione. In questo modo sparisce l'apparente antimonia de' due articoli 1924 e 1926 (-2052 e 2054-), come ha osservato il pro-

§. 247. Il dritto del regno non ci offre alcuna disposizione particolare relativamente alle transazioni, essendo in piena osservanza i principii del dritto romano da noi esposti co' precedenti paragrafi.

Solo è da notarsi che per giurisprudenza ricevuta nel foro, se taluno de' transigenti volea recedere dalla già fatta transazione, dovea prima restituire all' altro ciò che si trovava d' aver ricevuto in forza della transazione medesima; ma il sacro regio Consiglio, quante volte ravvisava veemenza ne' motivi che si adduceano per l' invalidità, o per la rescissione della transazione, era solito di riservare *ad moerita causae* la eccezione della restituzione degli acconti. Vedi Aloe in Domat, *part.* 1, *lib.* 1, *tit.* 13.

---

curatore generale sostituto Daniels colle conclusioni inserite alla decisione del 25 Marzo 1807, riportata da Sirey, *vol.* 7, *part.* 1, *pag.* 199. Vedi ancora Maleville sull' articolo 2054 *cod. franc.*, e Merlin, *repertorio*, alla voce *ignoranza*, *sez.* 1, *n.* 7. Questo dotto giureconsulto col suo repertorio alla voce *testamento*, *sez.* 2, *n.* 5, riferisce il caso di una transazione fondata su di un testamento nullo e rescisso per causa della nullità, di cui non erasi espressamente trattato tra le parti, ma ciò perchè alla parte che istituì l' azione di rescissione erasi esibita una copia di testamento valido mancante di vizii scoverti in seguito sull'originale minuta, e per effetto de' quali rendeasi nullo.

Noi esamineremo di proposito sì fatta quistione col nostro Saggio di dritto controverso.

LEZIONE QUINDICESIMA.

Della prescrizione.

Dell' origine e fondamento della prescrizione.

§. 248. La prescrizione rimonta all' origine istesso della società, poichè dessa è l' ausiliatrice della proprietà che nacque coll' uomo. Nello stato di barbarie, tanto era dritto di prescrizione, quanto di proprietà, poichè non altrimenti che col possesso divenivasi proprietario, e la sola tutela del tempo garentiva col suo impenetrabile scudo la proprietà incerta ed ondeggiante sotto l' influenza della forza; ma dopo che l' impero della legge rese la società più stabile ed in uno stato più permanente sottratta dalla situazione intollerabile della forza privata, la prescrizione è stata chiamata in soccorso della legge medesima per sostituirla a' titoli, che col tempo si alterano, si smarriscono, si distruggono e si perdono. Perciò Cassiodoro la chiama l' avvocata del genere umano, poichè, mentre ogni altra istituzione tende alla decrepitezza ed alla morte, la prescrizione invecchiandosi si avanza verso la gioventù, ed acquistando più forza ed energia a proporzione della lunga esistenza, diviene la protettrice del possesso, che garentisce col suo onnipossente impero.

La sua origine dunque si rinviene nel dritto naturale, in quello stesso dritto, che ammette la proprietà come mezzo indispensabile per la conservazione del proprio individuo; il suo fondamento si è nella supposizione che il proprietario, il quale per lungo tempo non ha curato la sua proprietà, siasi volontariamente spogliato del suo dritto cedendolo in beneficio del primo occupante; il suo scopo, finalmente, si è la garentia del possesso pacifico,

pubblico ed evidente contro un proprietario che ha consentito di non esserlo più, ed il quale colla sua negligenza ha lasciato che il tempo stabilisse una barriera tra il possesso perduto ed il possesso acquistato.

CAPITOLO I.

Disposizioni generali.

Definizione della prescrizione per dritto romano; come vi si potea rinunziare; a chi si apparteneа allegarla; in quale stato del giudizio e contro chi potea valere.

§. 249. Noi non abbiamo una definizione precisa della prescrizione nel dritto romano. Modestino colla legge 3 *ff. de usucap., et usurpat.*, definisce la prescrizione ne'seguenti termini: *est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.* Ma, come ognuno vede, questa definizione non si applica che alla prescrizione a fine di acquistare, la sola riconosciuta da'primi romani sotto il nome di *usucapione*, perchè quelle che operavano la liberazione di un debito non sono state introdotte che dagl' imperatori.

La prima diceasi propriamente *usucapio*, ed altro non era che l'unione della proprietà, che non si avea, col possesso che godeasi. Essa era stata introdotta dalle leggi delle XII tavole, di cui la 4 era così concepita: *usus auctoritas fundi biennium, caeterarum rerum annus esto*; nè era applicabile che a' fondi situati in italia, o che godeano il dritto italico.

La seconda, per l'opposto, introdotta dagl'imperatori era una eccezione, colla quale chi avea posseduto per lungo tempo una cosa, si difendea contro il padrone della medesima, ed era applicabile ai dritti e fondi provinciali, richiedendo il tempo di

dieci anni fra' presenti e di venti fra gli assenti per compiersi utilmente in favore del possessore che l'invocava. *L.* 3 *ff. de usurpat. et usucap.*

Abolita da Giustiniano la distinzione di fondi *italici* e *provinciali*, e delle cose *mancipi* e non *mancipi*, si abolì del pari la differenza fra usucapione e prescrizione colla legge unica *de usucap. transfor.*, e d'allora in poi la prescrizione pe'mobili fu di tre anni, per gli stabili di dieci fra'presenti e di venti fra gli assenti, ma nell'una e nell'altra richiedevansi queste quattro condizioni, cioè 1. la buona fede del possessore; 2. un giusto titolo capace a trasferire il dominio; 3. un possesso continuato per un tempo determinato dalla legge; 4. una cosa capace ad essere acquistata colla prescrizione. *LL.* 31 *ff. de usurpat. et usucap.*, *e* 4 *ff. qui bona cedere possunt.*

Poichè la prescrizione era stata introdotta per un principio di utilità pubblica, *ne rerum dominia fere semper incerta essent,* come si esprime la legge 1 *ff. de usurpat. et usucap.* (1), non

---

(1) La prescrizione fu inventata come un mezzo da prevenire o dar termine alle liti, poichè se tutto si altera, si corrompe e cede sotto la mano del tempo, il dritto del proprietario non può esser immutabile, e quindi la forza del titolo dee cedere all' autorità del tempo che tutto sottomette al suo onnipossente impero.

I romani, considerando la prescrizione come il fondamento dell'ordine sociale, non ne parlano che come di una garentia necessaria alla pace pubblica, annoverandola tra le alienazioni per parte di colui che lascia prescrivere, ed accordandole la stessa forza, la stessa irrevocabilità che si attribuisce alle transazioni ed all' autorità de' giudicati.

Così troviamo scritto nella legge 1 *ff. de usurpat. et usucap.*: *Bono publico usucapio indroducta est, ne scilicet quarumdam rerum die et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.*

poteasi da' privati rinunziare se non dopo essersi acquistata, quando cioè era divenuta un dritto privato, ma non poteasi rinunziare se non da colui che avea il dritto di alienare. *LL.* 27 *ff. de acquir. posses.*; 4 *e* 44 *ff. de usurpat. et uscap.*

Il dritto di allegare poi la prescrizione non apparteneasi che al possessore, allorchè s'invocava per acquistare il dominio di una cosa posseduta, o al debitore che non era stato molestato, quando se ne reclamava il favore per essere liberato da una obbligazione contratta; ma poteasi opporre in ogni stato di causa e poteasi eziandio opporre da' creditori e da qualunque altra persona interessata, quando anche il debitore o il proprietario vi rinunziassero ove la rinunzia si fosse fatta in frode de' loro dritti, come risulta dall'intero titolo del digesto *quae in fraudem creditorum facta sunt*; e dall' altro titolo del codice *de revocandis hiis quae in fraudem creditorum facta.*

Il fisco, le città, i corpi morali poteano opporre la prescrizione, comunque i particolari non potessero contro di essi farla valere, come risulta dalla legge 2 *ff. de acquir. vel amit. posses.*, non che dall'intero titolo del digesto *de usurpat. et usucap.*; ed in ultimo dalle novelle 111 *e* 131.

In fine, i giudici non poteano giammai elevarla di ufizio, ma doveasi allegare e provare dalle parti. *L. unic. cod. ut quae desunt advocat.*

Così nella legge 28 *ff. de verbor. significat.* troviamo scritto: *alienationis verbum etiam usucapionem continet. Vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi.*

Così, finalmente, nella legge 230 *ff. eodem.*: *Ut sunt iudicia terminata, transactione composita, longieris temporis silentio finita.*

Definizione della prescrizione per dritto del regno pria del 1809, e principii che la regolavano relativamente al dritto di rinunziarvi e di allegarla in giudizio.

§. 250. Il dritto patrio pria del 1809, oltre dei requisiti stabiliti dal dritto romano, richiedeva ancora quelli sanzionati dal dritto canonico e municipale per rendere valida la prescrizione.

Per effetto di una decretale di Alesandro III, *capitolo* 5, *Vigilante*, *de praescript.* (1), la buona fede richiedeasi in ogni tempo nel possessore, ed inoltre riconosceasi la prescrizione quadragenale nei beni della Chiesa, che prima era di cento anni, giusta la legge 21 *cod. de sacros. Ecclesiis.*

Per effetto poi del dritto municipale contenuto nelle tre costituzioni di Federico, l' una che principia *Duram et diram,* l'altra *Consuetudinem autem,* la terza *Quadragenalem*, non che per effetto di una prammatica del 1742 (2), e di due altre

(1) La decretale di Alessandro III richiedea in ogni tempo la buona fede del possessore per la prescrizione, *quoniam nulla antiqua dierum possessio iuvat aliqui malae fidei possessorem*; ed il capitolo ultimo *de praescript.*, estratto da un concilio generale, dice: *unde opertet, ut qui prescribit, in nulla temporis parte habeat rei conscientiam alienae.*

(2) La prammatica 3 *de praescript.*, con la quale si conferma la famosa decisione delle quattro ruote del 1742, si esprime così: *Sacrum Consilium censet praescriptioni, qua actiones extinguuntur, in quocunque Regni foro locum esse oportere; modo conditionibus a iure civili, pontificio, ac lege municipali praestitutis, plane sit confirmata. Propterea neque debitorem, qui ob conscientiam debiti semper est in mala fide; neque haeredem, licet bonae fidei, qui possessori malae fidei successerit, praescriptione iuvari unquam posse. Ceterum in tertio possessore bonam fidem praesumendam esse; ideoque lapsu triginta annorum a diae natae actionis, ac deductis temporibus iure deducendis, legitima praescriptione cum recte uti posse. Ad hanc tamen excludendam licere auctori apertis*

prammatiche del re Ferdinando del 1477 ed un'altra di Carlo V, ch'è l'ottava sotto il titolo *de Baronibus*, contenute nel 3 tomo delle prammatiche, si stabilivano alcune norme per la prescrizione de' feudi, e per accordare un dritto d'interruzione a coloro che avessero rinvenuti i titoli precedentemente dispersi, come pure il modo per esercitarsi il mero e misto impero da' baroni.

Quindi, per effetto del dritto del regno la prescrizione poteasi definire per un mezzo di acquistare un dritto, e per liberarsi da una obbligazione, mediante l'elasso di un tempo determinato dalla legge, purchè nel primo caso il possessore durante tutto il tempo del suo possesso fosse in buona fede, avesse un giusto titolo e la cosa fosse capace ad

---

argumentis probare illum possessorem sive ab initio, sive intra praescriptionis spatium vere in mala fide suisse; probationibus praesumptae malae fidei prorsus reiectis.

Dalle trascritte espressioni della prammatica risulta che, per potersi opporre validamente la prescrizione, il dritto del regno richiedea 1. il giusto titolo come per dritto romano; 2. la buona fede sempre continuata nel possessore durante tutto il tempo necessario a prescrivere come per dritto canonico; 3. che in quanto alla interruzione della prescrizione doveasi osservare il dritto civile, che in ciò era uniforme al dritto pontificio; 4. che per effetto della prammatica rimasero in osservanza le prescrizioni *centenaria ed immemorabile*, introdotte esclusivamente dal dritto canonico, com'è da vedersi nella legge 21 *cod. de sacros. Eccles.*, e *cap. ultim. de praescript.*, e nel *discorso* 21, *de iudic.* del Cardinal de Luca; 5. che, in fine, ogni sorta di debitori tanto con la ipoteca sopra i proprii beni, quanto senza, non potea mai prescrivere *ob conscientiam debiti*, ma il terzo possessore si presumea sempre in buona fede, salvo a colui che volesse istituire l'azione di rivendicazione, o l'azione ipotecaria, di provare il contrario con argomenti manifesti di fatto e non per via di presunzioni. Vedi Moro, *pratica civile, tom. 1, cap. 9.*

essere acquistata colla prescrizione; ma il debitore *ob conscientiam debiti*, riconoscendosi sempre in mala fede, non potea mai prescrivere, come non potea prescrivere del pari l'erede di un possessore di mala fede, quantunque egli in buona fede ne avesse goduto il possesso.

Per ciò che riguarda poi il dritto di rinunziare alla prescrizione ed il dritto di allegarla in giudizio, le leggi del regno non si allontanarono punto dalle disposizioni delle leggi romane. Vedi Moro, *pratica civile*, *tom.* 1, *cap.* 9, ed Aloe in Domat, *tom.* 3, *part.* 1, *lib.* 3, *tit.* 7, *pag.* 72.

Definizione della prescrizione per dritto francese e vigente. Come vi si può rinunziare; a chi si appartiene allegarla; in quale stato del giudizio e contro chi può valere?

§. 251. Le nuove leggi per gli stessi motivi di utilità pubblica hanno adottata la prescrizione e come mezzo di acquistare e come mezzo di estinguere le obbligazioni contratte. Essa, quindi, si definisce colla maggior possibile precisione in questi termini: « *è un mezzo per acquistare un diritto, o liberarsi da una obbligazione, mediante il trascorrimento di un tempo determinato e sotto le condizioni stabilite dalla legge* »; art. 2125 (- 2219 -).

Come mezzo di acquistare la prescrizione non opera di pieno dritto, perchè se la presunzione che colui il quale ha un titolo abbia voluto rimettere, perdere o alienare ciò che ha voluto lasciare prescrivere è il fondamento della prescrizione, la legge non potea renderla operativa in favor di colui che non avesse creduto d'invocarla, rispettando i titoli dell'antico proprietario, comunque alterati dal tempo e comunque per lungo intervallo rimasti senza effetto.

La prescrizione a fine di liberarsi da una obbligazione è soggetta alla stessa regola, perchè se il debitore certo di non aver adempito alla sua obbligazione non volesse usare della sanzione legale, perchè forse il rimorso della propria coscienza gli ricorda incessantemente la sua naturale obbligazione, la legge non può liberarlo suo malgrado dagl' impegni contratti, poichè la prescrizione farebbe in tal caso la guerra all'equità di cui essa non dev' essere che l' ausiliatrice pel bene dell' ordine sociale; art. 2129 (-2223-).

In quanto al dritto di rinunziarvi, le nuove leggi uniformemente sanzionano, che la rinunzia non debbe, nè possa farsi validamente pria che la prescrizione abbia avuto il suo corso, poichè se la rinunzia preventiva potesse essere valida, la prescrizione non sarebbe più un mezzo per assicurare la pubblica pace, mentre tutti coloro in vantaggio de' quali esisterebbe una obbligazione, non mancherebbero di esigere questa rinunzia, ed in questa ipotesi si darebbe luogo al mostruoso assurdo di potersi derogare al dritto pubblico colle convenzioni de' privati; art. 2126 (-2220-) (1).

Ma quando la prescrizione completata diventa di dritto privato, costituisce un *ius* ed una facoltà di cui il cittadino può disporre a suo bel agio, e quindi ognuno può rinunziarvi, come si può rinunziare ad una successione di già aperta, art. 1184

---

(1) Or, che servirebbe mai una legge di prescrizione, se in contraendo una parte potesse richiedere e l' altra promettere che sì fatta legge fosse senza applicazione tra esse? E se fosse possibile di condannarsi irreparabilmente a perdere la protezione della legge prima di provarne il bisogno, dove sarebbe il principio conservatore delle famiglie e delle società? Vedi Dunod, trattato *delle prescrizioni*, *pag.* 112.

(- 1231 -), e come si può rinunziare del pari alle azioni rescissorie per causa di dolo, errore, lesione ec., dapoichè il dritto è verificato, art. 807, 1063, 1085 e 1520 (- 887, 1109, 1131 *e* 1674 -); e ciò perchè la prescrizione è un' arma difensiva atta a respingere la mala fede; non a proteggerla; è una garentia che la legge accorda a'privati, ma per usarne quando il dritto che si vuole conservare è divenuto privato, e quasi sua proprietà, in modo ch' egli possa vatutarlo con piena cognizione di causa secondo la sua posizione, il suo interesse e la sua coscienza; art. 2126 e 2128 (- 2220 *e* 2222 -).

La rinunzia poi può essere *espressa*, se si contiene in un atto formale; *tacita*, se il debitore, dopo aver acquistato dritto alla prescrizione, o avesse pagato parte del debito, o l' avesse riconosciuto senza allegare la prescrizione, o avesse preso in fitto il fondo posseduto pel tempo determinato dalla legge per poterlo prescrivere; art. 2127 (- 2221 -).

In quanto al dritto di allegare la prescrizione, le nuove leggi di accordo dichiarano, ch'essa può opporsi solamente da colui che può alienare, ma che si possa opporre in qualunque stato di causa, purchè non siavisi espressamente o tacitamente rinunziato (1); che la prescrizione, non essendo un

(1) Le disposizioni degli articoli 2128 e 2129 (- 2222 *e* 2223 -) non sono tra loro contraddittorie, poichè i minori, gl' interdetti, le donne maritate, lo Stato, gli stabilimenti pubblici, ove non si opponga la prescrizione da' loro mariti, tutori, curatori, amministratori ec., possono agire contro de' medesimi, per farli rispondere delle loro mancanze, ed hanno inoltre il beneficio del ricorso per ritrattazione; art. 545 leg. di proc. civ. (- 481 *cod. di proc. franc.* -): ma non può mai il giudice elevare di uffizio la prescrizione non opposta nel loro interesse.

dritto personale, possa opporsi da' creditori e da chiunque altro vi abbia interesse (1); che la prescrizione sia acquistata, quantunque il debitore o il proprietario vi rinunziassero in pregiudizio de'dritti de' terzi nel di costoro interesse; che, in fine, lo Stato, gli stabilimenti pubblici ed i comuni possono opporla come i particolari, considerandosi come altrettante persone private; art. 2128 a 2133 (-2222 *a* 2227 -).

Ma la prescrizione corre egualmente contro lo Stato, gli stabilimenti pubblici ed i comuni?

Le nuove leggi, allontanandosi da' principii del dritto romano e dalle antiche nostre patrie leg-

---

(1) Le nuove leggi, consentanee a'principii stabiliti cogli articoli 153, 547, 705, 739, 740, 827, 1119, 1120, 1282, 1351 e 1908 (- 622, 788, 820, 821, 911, 1099, 1166, 1167, 1328, 1397 *e* 2063-), prescrivono, che i creditori e qualunque persona interessata posson opporre la prescrizione, quando anche il debitore od il proprietario vi rinunziassero, perchè si è riflettuto che il patrimonio de' debitori, formando la garentia de' dritti de' creditori, non possono i primi barattare la loro fortuna in pregiudizio de'dritti acquistati da'terzi. Perciò il donatario, quando anche la donazione si fosse fatta con riserva di usufrutto, può ben opporre la prescrizione che competerebbe al donante; il sostituto in quanto a' beni di cui è in possesso il gravato; il garante rispetto al principale obbligato; ed in generale tutti coloro che hanno un interesse a far valere la prescrizione, possono bene opporla. Vedi gli articoli 1248, 1908 e 2131 (- 1294, 2036 *e* 2225 -). Merlin, col suo repertorio, alla voce *tiers opposition*, *art.* 4, §. 2, commentando la legge 5 *cod. de pign. et hypoth.*, insegna che i creditori e le persone interessate posson opporre la prescrizione, quando anche il debitore, colludendo con altro suo creditore, si fosse fatto condannare al rilascio del fondo con un giudicato, ma noi crediamo che la disposizione dell'articolo 1120 (- 1167 -) sostituito nel titolo de' contratti e delle obbligazioni convenzionali non sia punto applicabile a' giudicati.

gi, stabiliscono l'affermativa, dacchè si è ammessa l'alienabilità del demanio pubblico, ma nel nostro codice pel regno delle due Sicilie si è soggiunto: » nondimeno la prescrizione de' dritti del tesoro » pubblico non corre a vantaggio de' contabili, se » non dal giorno in cui è cessato il loro esercizio, ed han dato il loro conto. »

Questa limitazione era necessaria, perchè prima di darsi diffinitivamente i conti, il fisco non ha dritto di agire contro i contabili, e quindi non può pria di tal'epoca correre la prescrizione per i dritti dovuti dal contabile istesso.

CAPITOLO II.

Del possesso.

Del possesso e delle condizioni che dovea avere per operare la prescrizione per dritto romano.

§. 252. Il possesso vien definito da'giureconsulti romani: *possessio appellata est (ut et Labeo ait) a paedibus quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam greci κατοχὴν dicunt; l. 1 ff. de acquir. vel amit. posses.* Questa definizione però non è che una descrizione, la quale non comprende tutt' i caratteri del possesso, e ciò dimostra che i giureconsulti romani non aveano del possesso una idea adequata e precisa. In fatti, il possesso può essere causa ed effetto della proprietà, e può inoltre essere sempre dalla proprietà disgiunto.

Come *effetto* della proprietà considerato il possesso è di due specie, cioè 1. quello del padrone che tiene la cosa propria; 2. quello delle persone che lo tengono in suo luogo.

Come *causa* della proprietà considerato il possesso è anche di due specie, cioè 1. quello di colui che detiene la cosa con animo di padrone, e che per tal motivo può prescriverne il dominio e la proprietà; 2. quello di colui che possiede nella scienza di non esserne il proprietario, come l' usurpatore ed il ladro, e che propriamente si chiama detentore anzi che possessore di dritto.

I legislatori romani, cui non era molto amica l'analisi filosofica, confondeano sovente il possesso come *causa* ed il possesso come *effetto* della proprietà, per lo che noi troviamo ne' libri del dritto le seguenti massime contradittorie: *nihil commune habet proprietas cum possessione*; *proprietas a possessione separari non potest*; *possessio est res facti, non iuris; possessio non corporis, sed et iuris est; naturaliter videtur possidere is qui usufructum habet*; *cum qui tantum usufructum habet, possessorem non esse*; *non possidet, sed habet ius utendi fruendi,* ed altri simili (1).

---

(1) Dallo stesso principio trae origine la quistione insorta tra'sabiniani ed i proculeiani sulla natura del possesso, cioè se due persone potessero avere qualche volta ciascuna il possesso nel totale di una stessa cosa.

I proculeiani diceano: *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, quum ego aliquid teneam, tu quoque id possidere videaris. L. 3 ff. de acquir. posses.*

I sabiniani, per l' opposto, pensavano che potrebbe sembrare che una persona abbia *in solidum* il giusto possesso di una cosa nel tempo stesso che lo abbia colui il quale lo ha spogliato; egualmente che colui il quale ha dato ad alcuno a titolo di precario il possesso della sua cosa, può sembrare averne *in solidum* il possesso civile con colui al quale l'ha dato a questo titolo, fondando sulla legge 19 *ff. de praecario*, ch' è del giureconsulto Giuliano.

Ma questa disputa non fonda che su di una sottigliezza

Ma il vero senso de'testi sopra enunciati s'intenderà facilmente non appena si riflette, che il possesso com' effetto della proprietà n' è della proprietà stessa l'indivisibile compagno, giacchè colui che acquista per compra, donazione, per mezzo di un legato o per qualunque altro titolo, non acquista se non per ottenere il godimento della cosa acquistata; che colui che possiede quale usufruttuario, qual usuario, non possiede che in luogo del proprietario, ch' ei temporaneamente rappresenta fino al termine dell' usufrutto o dell' uso; che l' inquilino, il colono, non posseggono che in nome del proprietario, di cui sono mandatarii temporanei, coll' obbligo di pagargliene i frutti in contanti od in natura; che colui che possiede in buona fede, credendosene il proprietario, non possiede per effetto della proprietà che non ha, ma per effetto della proprietà che si presume di avere, e che acquisterà in effetti se il vero proprietario lo lascerà tranquillo nel suo possesso pubblico e pacifico durante l' intervallo di tempo determinato dalla legge per la prescrizione; che, in fine, colui che possiede nella certezza di non esserne il padrone, come l'usurpa-

---

ridicola, poichè se si fosse distinto il possesso *di dritto* dal possesso *di fatto*, si sarebbe convenuto che siccome la proprietà ed il dominio di una cosa non possono appartenere contemporaneamente a due persone diverse, così molto meno può appartenere il dritto del possesso; mentre, per l' opporto, il possesso come cosa di fatto può essere contemporaneamente esercitato da due o più persone.

Nell' affitto, nel prestito, nel deposito, non vi ha due possessori distinti che nel fatto, non mai nel dritto, poichè il conduttore, il depositario, il comodatario non posseggono per un dritto loro proprio, ma per effetto del dritto loro conceduto dal padrone. Vedi Domat, *part.* 1, *lib.* 3, *tit.* 7, sez. 1, §. 3, e le leggi ivi riportate. Vedi ancora Vinnio, *quistioni scelte*, *lib.* 2, *cap.* 36.

tore, il ladro, è un semplice detentore di fatto, non potendosi il suo possesso considerare nè com'effetto della proprietà che non ha, nè come causa della proprietà d'acquistarsi, giacchè, essendo egli in mala fede, le leggi romane gl' inderdiceano per sempre la speranza di poter divenire un giorno proprietario (1).

Da questi principii risulta la distinzione tra possesso *civile*, possesso *naturale*, e semplice *detenzione*.

S'intende per possesso *civile* il possesso di colui che possiede, sia perchè n'è proprietario, sia perchè abbia qualche giusto motivo per credersi tale.

Dicesi *naturale*, per l' opposto, quel possesso che manca affatto di titolo, o che fonda su di un titolo incapace di trasferire la proprietà, perchè infetto di mala fede o colpito di nullità assoluta; quello che proviene da un titolo valido, ma incapace di trasferire il dominio, come dal pegno, dall'anticresi ec. *LL.* 3, 11, 15, 16 *e* 25 *ff. de acquir. posses.*; 5 *cod. communia de usucap.*; *e* 22 *ff. quib. caus. in posses.*

---

(1) Il primo effetto del possesso si è di procurare il godimento della cosa, quando la proprietà siasi precedentemente acquistata, ed in questo caso il possesso è un effetto della proprietà.

Allorchè poi la proprietà non si è acquistata ancora, il possesso di buona fede fa considerare il possessore come proprietario, e gliene attribuisce anche la proprietà, sia quando la cosa non appartiene ad alcuno, sia quando la cosa appartenghi ad altri, purchè il possesso durasse per tutto il tempo necessario a poter prescrivere, ed in questi casi il possesso è causa della proprietà.

Ma il possesso come causa della proprietà non può giovar mai all' usurpatore ed al possessore di mala fede. Vedi Domat, *tom.* 3, *part.* 1, *lib.* 3, *tit.* 7, *sez.* 2, *e* 3, non che le leggi 3 *ff. de acquir. rer. dom*; 1 *ff. de acquir. vel amit. possess.*; *e* 1 *ff. de vi et vi armata*, da lui citate.

In fine, semplici *detentori* si considerano tanto coloro che posseggono in nome altrui, come i fittaiuoli, gl'inquilini, i depositarii, i comodatarii, quanto coloro che posseggono di fatto ciò che conoscono di non poter possedere, come gli usurpatori ed i ladri. Vedi le leggi sopra enunciate.

Il dritto romano co'titoli *de acquir. rer. dom.*, *de rei vindicat.*, *de acquirend. vel amittenda possessione*, e colle istituzioni, titolo *de rerum divis.*, §. 11, espone le regole proprie al possesso considerato come effetto della proprietà (1); co'titoli del codice *de acquir. rerum posses.*, *de acquir. et retinen. posses.*, *de usurpat. et usucap.*, *quib. ex caus. in posses.*, *de furtis*, *de vi bon. rapt.*, *unde vi*, *l.* 136 *ff. de regulis iuris*, espone le regole applicabili al possesso come causa di una proprietà d'acquistarsi, e quelle che sono relative alla semplice detenzione incapace a trasferire giammai la proprietà.

Finalmente, co' titoli *de interdictis* espone le norme che riguardano i mezzi di conservare o di riacquistare il possesso che non è l'effetto della proprietà, non che il modo come si esercitano i dritti da esso risultanti pria che non avesser operato il trasferimento della proprietà, di cui il possesso che si gode n'è la causa.

Il possesso capace ad indurre la prescrizione, o sia il possesso considerato come causa della pro-

---

(1) *Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit: velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro haerede, pro noxae debito, pro suo, sicut in his quae terrae marique vel ex hostibus coepimus, velque ipsi ut in rerum natura essent, fuimus: et ne summa, magis unum genus est possidendi, species infinitae. L. 3 ff. de acquir. vel amit. posses.*

prietà, da cui era disgiunto, dovea essere un possesso civile, continuo e non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco ed a titolo di proprietà. Vedi l'intero titolo del digesto *de usurpat. et usucap.*; le leggi 14 *e seg. ff. de divers. temp. praescript.*; 2 *e* 7 *cod. de acquir. et retin. posses.*; *e* 4 *cod. de praescript. long. temp.* Se il possessore era in mala fede (1), o sia nella giusta opinione che la cosa posseduta non era sua; se il posseso non era pubblico, come nel caso di colui che avesse scavata una cantina sotto il terreno di una casa vicina senza la scienza del padrone; se il possesso non fosse pacifico, perchè interrotto o naturalmente per qualche tempo dal proprietario, o civilmente per mezzo di una interpellazione giudiziale; se il possesso avesse avuto la sua origine dalla violenza, o se fosse l'effetto della semplice tolleranza del proprietario; se il possesso, in fine, fosse equivoco, come quello dell'inquilino, che senza il consenso del proprietario si avesse goduto una porzione di un altro fondo contiguo al fondo locato, non poteasi giammai operare la prescrizione. Vedi le leggi sopra enunciate, ed inoltre le leggi 4, 31, 32 *e* 47 *ff. de usucap.*; 48 *cod. de acquir. rer. domin.*; 5 *e* 21 *de usucap.*; 2 *ff. pro empt.*; 18 *ff. de rei vindicat.*, *e* 1 *cod. de praescript. long. temp.*.

Era ancora necessario al possessore un giusto titolo di sua natura traslativo di proprietà per po-

(1) Quistionavasi tra gli antichi dottori, se una comunità, avendo incominciato a possedere in mala fede, potesse prescrivere dopo la morte di tutti coloro che la componevano all'epoca del possesso illegittimo. Voet sul digesto, *tit. de usurp. et usucap.*, *n.* 8, Fachineo, *controvers. iur.*, *lib.*, 3, *cap.* 25, sostengono la negativa, perchè, comunque i membri sieno cangiati, l'individuo morale ch'essi compongono è sempre lo stesso, come risulta dalla legge 76 *ff. de iudic.*

ter indurre la prescrizione. I titoli capaci a contenere una causa abile a trasferire il dominio erano 1. *pro emptore*; 2. *pro herede*; 3. *pro donato*; 4. *pro derelicto*; 5. *pro legato*; 6. *pro dote*; 7. *pro suo*; 8. *pro soluto*; ma era indispensabile che sì fatti titoli fossero validi, che non fossero sospesi da qualche condizione; che, in fine, il titolo del possesso fosse tale durante tutto il tempo richiesto pel compimento della prescrizione. Vedi i diversi titoli del digesto *pro herede, pro legato, pro donato, pro emptore, pro dote, pro derelicto, pro soluto, pro suo ec.* (1).

Per ultimo le leggi romane obbligavano il possessore a dover giustificare il titolo del suo possesso allorchè s'invocava la prescrizione a fine di acquistare, ma colui che avea un titolo si presumea sempre che possedesse in virtù ed in conformità del suo titolo fino alla pruova in contrario.

Se il titolo era traslativo di proprietà si presumea ch'egli sempre avesse posseduto da proprietario; s'egli era un successore potea unire al possesso proprio quello del suo autore. Se poi il titolo dimostrava un possesso in nome altrui, si presumea che sempre si fosse posseduto con lo stesso titolo sino alla pruova in contrario. Vedi le leggi riportate nel digesto e nel codice sotto i titoli *de amit. vel acquir. posses., de praecario, de usur-*

---

(1) I dottori aveano aggiunti altri titoli a quelli sopra enunciati, cioè, *pro permutato, pro adiudicato, pro iurato, pro cesso, pro fideicommisso*, fondandosi sulle leggi 29 *ff. de usurpat. et usucap.*, 7 *de pub. in rem act.*, 13 *ff. de iure iurand.*, 33 *ff. de usurpat. et usucap.*, 13 *ff. de acquir. vel amit. posses.*; ma ne' libri del digesto noi non troviamo annoverati che gli otto titoli sopra enunciati. Vedi Pothier, trattato *della prescrizione*, *tom.* 1, *cap.* 3, *art.* 1 e 2, *pag.* 170 a 198.

pal. et de usucap., *pro herede*, *de petit. hered.*, e le leggi 125 *e* 128 *ff. de reg. iuris*. Vedi Merlin alla voce *prescription*, *sez.* 1, §. 5, *art.* 1 *a* 4, *sez.* 6, *art.* 1 *e* 2; Dunod, trattato *delle prescriziani*, *pag.* 51 *a* 55; e Pothier, trattato *delle prescrizioni*, *tom.* 1, *cap.* 3, *art.* 4, *n.* 98 *a* 100.

Del possesso; sua natura e sue diverse specie per dritto francese e vigente.

§. 253. Le nuove leggi definiscono il possesso ne'seguenti termini: « *E la detenzione o il godi-* » *mento di una cosa, o di un dritto che abbia-* » *mo o esercitiamo per noi stessi, o per mezzo* » *di un altro il quale lo tiene o lo esercita in* » *nome nostro* »; art. 2134 (- 2228 -).

Questa definizione è precisa, esatta, completa, poichè presenta tutt'i caratteri che esprimono la natura del possesso.

I novelli legislatori guidati dal lume della filosofia, sostituendo il pensiero all'autorità, conobbero che se nello stato di natura la proprietà era confusa col possesso non potea acquistarsi che coll'occupazione (1), non potea conservarsi che col

(1) Gli antichi giureconsulti romani conobbero anche questa verità: *Dominium rerum* (sono parole della legge 1 *ff. de acquir. vel amit posses.*) *ex naturali possessione coepisse*, *Nerva filius ait. Eiusque rei vestigium remanere de his quae terra, mari, coeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt qui primi possessionem eorum apprehenderint*. Ma senz'avvertire al cangiamento ch'erasi operato nello stato civile, e senza riflettere che la proprietà divenuta stabile e permanente per la influenza della società civile, continuarono a riconoscere nel possesso la causa della proprietà, senza distinguerlo dal possesso che della proprietà n'era l'effetto. Vedi le nostre *lezioni di dritto civile*, *tom.* 2, *pag.* 230 *a* 231, §. 85.

possesso, e perdersi quando si era cessato di possedere: nello stato di società civile, resa la proprietà stabile e permanente, divenne una cosa distinta dal possesso in modo da poter appartenere l'uno e l'altro a persone diverse.

Il possesso però separato dalla proprietà continua ad essere un mezzo di acquistare il dominio allorchè ha durato un tempo sufficiente ad operare la prescrizione; fa presumere il possessore proprietario della cosa fino a che non si è rivendicata; attribuisce al possessore il dritto di mantenersi nel suo godimento allorchè ne viene turbato, e di farvisi ristabilire quando n'è stato spogliato con violenza; attribuisce al possessore la proprietà delle cose *nullius*, senza bisogno d'invocare la prescrizione; in fine, ha l'importante prerogativa di far preferire il possessore, quando i titoli de' contendenti sieno eguali. Vedi Pothier, trattato *del possesso*, *n.* 82 *ed* 83, e lo stesso autore *del dritto di proprietà*, *n.* 26, 91, 97, 98 *e* 307.

Da ciò la distinzione tra possesso *reale*, possesso *materiale*, e possesso *civile*.

Il primo è un dritto reale sulla cosa, come la proprietà di cui n'è l'effetto immediato, di cui n'è il compagno inseparabile, giacchè chi acquista non acquista che per possedere, che per avere il godimento della cosa acquistata. Toullier chiama questo possesso *dritto di possedere*, che non può ad altri appartenere se non al proprietario per effetto della sua proprietà, e questo non può essere che un dritto reale che segue la cosa in qualunque mano essa si trova. Vedi Toullier, *tom.* 3, *n.* 78 *e* 99.

Il possesso *materiale*, per l'opposto, non è che un fatto consistente nella semplice detenzione, e questo fatto può esercitarsi egualmente dall'uomo di buona fede, dall'usurpatore, dal ladro, nè

dà mai alcun dritto, perchè chi l'esercita lo fa nella scienza di non esserne il proprietario e senza la volontà di divenirlo, perchè la sua coscienza gli ricorda incessantemente la naturale obbligazione di restituire la cosa a colui cui l'ha rubata od usurpata.

In fine, vi ha il possesso civile che Toullier chiama *dritto di possesso*, altrimenti detto *saissine*, che appartiene al possessore in forza del fatto del suo possesso pacifico, pubblico, continuo, non interrotto e coll'animo di divenirne padrone. Vedi Toullier, *tom.* 3, *n.* 79; non che le leggi riportate sotto i titoli *de acquir. rer. dom.*, *et de acquirenda vel amit. posses.*; Grozio, *de iure belli et pacis, lib.* 2, *cap.* 6; Poffendorfio, *de iure naturae et gentium, lib.* 4, *cap.* 9, e Vallet, *dritto delle Genti*.

Nel primo caso il possesso, come ognuno vede, non è che l'effetto della proprietà, della quale non sa separarsi giammai senza pregiudizio della proprietà istessa, di cui ne segue le orme ed il destino; nel secondo caso è un puro fatto non garentito dal dritto, nè producente alcun' azione; nel terzo caso, finalmente, è un dritto disgiunto dalla proprietà, di cui ne può essere la causa e della quale n'è l'ausiliatrice e la protettrice onnipossente, poichè il fatto del possesso non è men positivo del titolo, e se questo cede all'influenza del tempo che tutto altera, corrompe e consuma, il fatto del possesso, per l'opposto, riceve dalla mano del tempo ogni giorno forza novella e la sola sua tutela la ringiovenisce invecchiando per darle vigore e forza, allorchè l'azione del titolo per effetto del tempo invecchiata si estingue e muore.

È questa specie di possesso quella di cui si occupano le leggi civili col titolo delle prescrizioni

che formano l' oggetto del nostro disame, e col titolo delle azioni possessorie, che abbiamo analizzato col tomo 2, §§. 71 *a* 77.

Qui vedremo quali sono le condizioni del possesso come causa della proprietà, che si acquista mediante la prescrizione, mentre col tomo 2, §§. 71 *a* 77, abbiamo veduto quali erano le condizioni per poter garentire al possessore il godimento allorchè ne fosse stato turbato, e per ristabilirvelo allorchè l' avesse perduto, ma nell' uno e nell'altro caso trattasi sempre del possesso disgiunto dalla proprietà, che se si gode per un anno ed un giorno dà dritto all' azione possessoria, mentre se si gode per tutto l' intervallo di tempo determinato dalla legge per la prescrizione è causa della proprietà, che attribuisce diffinitivamente al possessore pacifico a fronte del titolo dell' antico proprietario che si presume aver abdicato il suo dritto.

Delle condizioni richieste nel possesso per poter indurre la prescrizione sia a fine di acquistare, sia a fine di liberarsi da una obbligazione per dritto francese e vigente.

§. 254. Perchè il possesso potesse indurre la prescrizione, allorchè ha per oggetto di acquistare un immobile, ha bisogno de' seguenti requisiti:

1. Che sia unito il possesso civile al possesso naturale, cioè la detenzione di fatto e di dritto, un godimento attuale corporale ed a titolo di proprietario, come si esprime Merlin, *sez.* 1, §. 5, *art.* 3. Può il possessore nella continuazione servirsi del solo possesso civile per farlo servire alla prescrizione di già incominciata, bastando il solo animo di ritenere il possesso naturale, benchè la cosa materialmente non si ritenga, ma nel principio è necessaria ed indispensabile la detenzione di fatto con la intenzione di divenirne proprietario.

Ciò vien espresso dalla massima consacrata colla legge 4 *cod. de acquir. et retin. posses.*, cioè *licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest.*

2. È necessario un possesso non equivoco, cioè che il possessore possegga indubitatamente per sè stesso e non per altri.

A questo proposito d'Argentie, sull'articolo 265 della consuetudine di Bretagna, stabilisce le seguenti regole per conoscersi quando il possesso è atto ad indurre la prescrizione, cioè « *che chi ha un ti-* » *tolo si presume sempre di possedere in con-* » *formità del medesimo - che chi ha più titoli* » *si reputa di possedere in virtù di quello ch'è* » *atto ad indurre la prescrizione, piuttosto in* » *forza degli altri che fossero viziosi e nulli-* » *che quando il possessore non ha assunto al-* » *cuna qualità, se la cosa posseduta appartiene* » *ad un altro, il possesso civile risiede in co-* » *stui, ciò ch'è applicabile al marito donatario* » *della moglie, al padre acquirente pel figlio* » *minore, i quali si reputano di possedere ri-* » *spettivamente per la moglie e pel figlio - che* » *quando siasi cominciato a possedere per se,* » *il possesso si reputa continuato per se mede-* » *simo, e così viceversa, per colui che avesse* » *incominciato a possedere in nome altrui - che* » *la prescrizione non si applica che a ciò che* » *si è posseduto, donde la massima comune nel* » *foro, tantum praescriptum, quantum posses-* » *sum.* » Vedi Merlin, *sez.* 1, §. 5, *art.* 1, 2 *e* 3.

3. Che il possesso sia pacifico, per cui gli atti di violenza non possono servire di base alla prescrizione (1).

(1) Vedi Delvincourt, *tom.* 6, *pag.* 142, *note* 62 *a* 63.

4. Che il possesso sia pubblico, cioè tale da poter essere conosciuto da quello contro del quale si vuol prescrivere, la clandestinità, essendo sempre di ostacolo alla prescrizione. Vedi Merlin, *sez.* 1, §. 6, *art.* 7, alla voce *prescription*, non che le leggi e le autorità riportate.

5. Che il possesso sia continuato senza interruzione nè naturale, nè civile. Noi vedremo col capitolo 4 come si possa la prescrizione interrompere naturalmente o civilmente.

6. Che il possesso sia durato per tutto il tempo determinato dalla legge per operare la prescrizione, e che varia secondo che cangia il principio del possesso. Noi esamineremo co' §§. 169 a 174 la diversità de' termini fissati per la prescrizione secondo il diverso principio del possesso, e quando siavi o pur no bisogno di titolo per prescrivere Solamente qui osserviamo che il possessore può unire al proprio possesso quello del suo autore, sia che gli fosse succeduto a titolo universale o particolare, sia che gli fosse succeduto a titolo lucrativo o oneroso, purchè però niuna legittima interruzione vi sia stata fra il possesso del successore e quello dell' autore; purchè il possesso dell'autore non sia vizioso; purchè i due possessi sieno uniformi, cioè tendenti allo stesso scopo e derivanti dallo stesso titolo. Vedi Merlin, alla voce *prescription*, *sez.* 1, §. 5, *art.* 3, *n.* 8, non che al §. 6.

7. Che, in fine, il possessore possegga di buona fede, o sia che il possessore ignorasse l'altrui dritto sulla cosa che possiede, ed avesse la giusta opinione di aver acquistata la proprietà della cosa che possiede. Vedi Merlin, *sez.* 1, §. 5, *art.* 4, alla voce *prescription*, e Delvincourt, *n.* 6, *pag.* 144, *note* 76 *e* 77.

Per tal motivo gli atti facoltativi e di semplice

tolleranza non possono stabilire giammai nè possesso, nè prescrizione, giacchè la *familiarità* è una specie di precario tacito, e gli atti che ne derivano suppongono sempre un consenso tacito che non può produrre conseguenza. Vedi Merlin alla voce *prescription*, *sez.* 1, §. 6, *art.* 5, essendo il precario nel suo stretto significato una concessione gratuita e rivocabile a semplice volontà di colui che l' ha fatta, come decide la legge 1 *ff. de praecario*; art. 2138 (-2232-).

Nella prescrizione poi a fine di liberarsi da una obbligazione basta la sola negligenza del creditore nel fare sperimento de' suoi dritti, durante l' intervallo di tempo determinato dalla legge per poter prescrivere, senza essergli necessario nè il possesso, nè il titolo; art.. 2168 (-2262-). Vedi Merlin alla voce *prescription*, *sez.* 1, §. 5, *art.* 1 *e* 3 (1).

---

(1) Il terzo possessore può prescrivere allorchè conosce che il fondo da lui posseduto trovasi ad altri ipotecato?

Può prescrivere allorchè il creditore avente un' ipoteca inscritta anteriore al titolo di acquisto del terzo possessore, abbia rinnovata l' inscrizione nel termine del decennio?

Sembra doversi decidere per l' affermativa, tanto nel primo, quanto nel secondo caso.

In vero, il terzo possessore che prescrive, l'azione ipotecaria ottiene per tal mezzo la liberazione del fondo dal peso, a cui è soggetto, e la prescrizione a fine di liberare non è che una pena imposta al creditore negligente, e può considerarsi come una carenza di dritto in persona del creditore, anzicchè come un acquisto di dritto in persona del possessore. Questo principio consagrato dalle leggi 3 *cod. de praescript.* 30 *vel* 40 *ann.*, 4 *ff. de usurp. et usucap.*, 9 *ff. de vi et vi armata*, 3 *ff. de acq. vel amit. poss.*, è stato ritenuto dall' articolo 2147 (-2241-), col quale si stabilisce che il debitore di un' obbligazione può prescriverla anche contro del proprio titolo, quando sia decorso il tempo necessario alla prescrizione, ciò che avvenir non potrebbe giam-

Nella prescrizione de' dritti incorporali bisogna distinguere se il dritto è dovuto della cosa alla cosa, o se sieno semplicemente alla persona dovuti.

Nel primo caso, come nelle servitù, basta per prescrivere che gli atti sieno frequentemente ripetuti, mentre che nel secondo caso, quando trattasi di dritti personali, basta un solo atto di esercizio non contraddetto durante il tempo richiesto per la prescrizione, come nel caso del dritto di nomina di un beneficio. Vedi Merlin alla voce *prescription, sez.* 1, §. 5, *art.* 3, *n.* 6.

---

mai ove si richiedesse la buona fede per liberarsi dalle obbligazioni contratte.

Questa teoria acquista maggior forza, se si riflette al tenore del numero 3 dell'articolo 2074 (-2180), ove si sanziona che la prescrizione, riguardo a' beni posseduti da un terzo, si acquista da costui col periodo di tempo stabilito per prescrivere il dominio in suo favore, e nel caso in cui la prescrizione suppone un titolo, essa comincia a decorrere dal giorno in cui il titolo stesso sia stato trascritto su' registri del conservatore. Il legislatore non dice *che il terzo possessore trascrive colle stesse norme con cui si prescrive il dominio*, ma dispone in vece, *che prescrive col periodo di tempo stabilito per prescriversi il dominio delle cose*, ciò che importa che pel solo tempo la prescrizione dell'ipoteca si equipara a quella con cui si prescrive il dominio delle cose, mentre per tutt' altro essa, avendo per oggetto la liberazione del fondo, non d' altro ha d' uopo per compiersi che della sola negligenza del creditore per l' elasso di anni dieci.

Ma quando anche la buona fede fosse necessaria pel terzo possessore, questa sempre si presume in lui, nè può essere distrutta dalla conoscenza ch'egli avesse delle ipoteche precedenti, avendo potuto credere che il venditore pagato avesse i creditori, in quale idea ha potuto essere confermato per effetto del silenzio de'creditori durante l'intervallo della prescrizione.

Le leggi romane e la legge del regno uniformemente decidono che nel terzo possessore la buona fede è sempre

A questo proposito la legge *ult. ff. de servit.* consagra: *Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse,* perchè presso i romani richiedeasi che il titolo di acquisto del possessore fosse accompagnato dalla tradizione per poter operare il trasferimento della proprietà, e siccome la servitù era un dritto incorporale, bastava l'esercizio del dritto per supplire alle veci della tradizione.

In fine, per la prescrizione de' mobili, il semplice possesso fa le veci del titolo, perchè il possessore di un mobile si presume sempre proprietario, tranne i due casi di perdita o di furto, in quali vi è luogo a ripetizione o a rivendicazione per lo corso di tre anni da computarsi dal giorno della perdita o dal furto, come osserveremo col §. 274; art. 2185 e 2186 (-2279 e 2280-).

---

presunta, e Grenier, *tom.* 4, trattato *delle ipoteche*, *n.* 512, saggiamente insegna che la trascrizione è una pruova bastante per attestare la buona fede del compratore, poichè da quel momento il compratore si è assoggettato alle vicende di tutt' i creditori aventi un' ipoteca inscritta, il di cui silenzio durante il periodo di un decennio gli ha dovuto far presumere che i loro creditori fossero stati soddisfatti, ciò che non avrebbe luogo solamente quando egli coll'istrumento di vendita si fosse obbligato ad estinguere le ipoteche esistenti. Vedi Grenier, luogo citato, *n.* 514 *e* 515.

In fine, ove potesse ammettersi l' opposta dottrina, il debitore ipotecario non potrebbe più alienare dopo inscritti i suoi debiti, e nell'esistenza d'inscrizioni niuno più potrebbe acquistare supponendosi sempre in mala fede, dacchè conosce i pesi reali da cui il fondo è gravato, ciò che tenderebbe a distruggere tutt' i principii regolatori del sistema ipotecario. Vedi Delvincourt, *tom.* 9, *pag.* 49, *nota* 248, e Persil, *regime ipotecario*, sull'articolo 2180 *cod. franc.*, i quali professano la stessa nostra opinione, benchè partissero da principii diversi.

CAPITOLO III.

Delle cose soggette alla prescrizione e di quelle che ne sono esenti.

Teorie del dritto romano sul proposito.

§. 255. Secondo i principii del dritto romano le cose fuori commercio non poteano prescriversi, perchè, essendo la prescrizione una delle maniere di acquistare la proprietà, non poteano essere soggette a prescrizione quelle cose che di dominio erano incapaci.

Tali erano le cose sacre, religiose e sante; le cose che la natura o il dritto pubblico aveano destinato all'uso comune o pubblico, come la spiaggia necessaria per la navigazione de' fiumi, le mura ed i fossi della città, ed altre cose simili; tali erano, finalmente, le cose fiscali o quelle che in progresso di tempo apparteneano al patrimonio del Principe (1). Vedi le leggi *9 ff. de usurpat. et usucap.*; *45 ff. eodem*; *2 cod. commun. de*

---

(1) I cieli, gli astri, la luce, l'aere, il mare, sono cose comuni a tutti, di cui niuno può rendersene padrone, e quindi incapaci di prescrizione. *Instit*, §. 1, *de rer. divis.*, e *l. 2 eod.*

I fiumi, le riviere, le ripe ed i lidi, le strade maestre, erano dette cose pubbliche, erano fuori di commercio e quindi incapaci di prescrizione. *Instit.*, §§. 2, 4 e 5, *de rer. divis.*; *ll. 2 ne quid in loc. public. fiat*; e *2 ff. de via pub.*

Finalmente, si comprendeano nel numero delle cose pubbliche e quindi esenti dal commercio quelle che servivano all' uso comune degli abitanti di una città, come le mura, i fossati, le piazze pubbliche, i palagii ec. *Instit*, §§. 6 e 10, *de rer. divis.*; Domat, *leggi civili*; e le nostre *lezioni di dritto civile, tom. 2*, §§. 3 *ad* 8.

usucap.; 2 ff. de via pub. Le cose poi che apparteneano alle città, alle Chiese ed alle corporazioni morali, comunque incapaci di acquistarsi senza determinate cause e senza osservarsi alcune particolari formalità, pur tuttavolta erano soggette a prescriversi colla prescrizione di quarant' anni, come risulta dalla legge 4 *cod. de praescript. trig. vel quadrag. annorum*, e dalla novella 131, *cap.* 6.

Disputavasi tra gli antichi dottori, se le cose sacre, come pure le cose destinate ad usi pubblici o comuni, potessero divenire soggette a prescrizione, quando aveano cessato di servire all'uso destinato, ma l' opinione più comune si era per l'affermativa, comunque Giustiniamo, col §. 9 delle istituzioni, avesse deciso che il suolo, su del quale si era edificato un tempio, rimanesse sacro anche dopo la demolizione dell' edifizio. Vedi Domat, *part. 1, lib. 6, tit. 7.*

Disposizioni del dritto del regno pria del 1809 sul proposito.

§. 256. Il dritto patrio pria del 1809 ritenea la stessa distinzione delle cose riconosciute per dritto romano, se non che le cose, che i romani chiamavano comuni e pubbliche, prendeano tra noi il nome di regalia, perchè il Principe ne regalava l' uso. È risaputissima la costituzione dell' imperatore Federico I, inserita nel titolo 56, *lib. 2, de feudis*, colla quale si espongono tutt' i dritti di regalia appartenenti al Principe sulle cose pubbliche e comuni. Noi rinviamo il lettore per questa parte a ciò che ne abbiamo detto col tomo 2, §. 8, *pag.* 20 *a* 24, *sez.* 1.

§. 257. Le nuove leggi, considerando i beni relativamente alle persone che li posseggono, li distinguono in beni dello Stato, comunali e beni de' privati; art. 463 a 467 (- 538 *a* 542-).

Noi col tomo 2, §§. 6 *e* 7, abbiamo fatto conoscere quali sieno i beni che formano il demanio pubblico e che appartengono allo Stato, quali quelli che costituiscono il demanio della corona, quelli che compongono il demanio del Principe, e quali in fine i beni comunali. Ora solamente osserviamo 1. che i beni che formano il demanio pubblico del regno e che appartengono allo Stato sono assolutamente imprescrittibili; art. 4 della legge del 21 Marzo 1817; art. 463, 464, 465, 466, 637, 684, 688, 732 e 2133 (- 538, 539, 540, 541, 717, 768, 772, 813 *e* 2227 -). 2. Che sono imprescrettibili ancora i beni che costituiscono il demanio della corona e quelli che compongono il demanio del Principe, a' termini della legge del 21 Marzo 1817, e de'decreti de'12 Dicembre 1816 e 18 Ottobre 1819, finchè però conservano la loro destinazione, ma diventano prescrittibili allorchè soggiacciano a cangiamento. 3. Che i fiumi e le riviere, che hanno per di loro natura una destinazione pubblica ed immutabile, sono incapaci di prescrizione. 4. Che i dritti degl'individui all'uso delle cose rimaste comuni a tutti gli uomini, come l'acqua, l'aria, il mare, sono imprescrittibili, ma l'uso di tali cose è soggetto a'regolamenti d'ordine o di polizia. Vedi Toullier, *tom.* 3, *lib.* 2, *n.* 3 *e seguenti* (1).

(1) Toullier, *tom.* 3, *n.* 33 *a* 60, classifica i differenti beni che appartengono al demanio pubblico che sono incapaci di proprietà e quindi non soggetti a prescrizione.

5. Finalmente, che i beni comunali, delle Chiese, delle corporazioni morali, comunque incapaci di alienazione se non sotto determinate forme ed in alcuni casi soltanto, pur tuttavolta possono prescriversi esercitandosi su de' medesimi gli stessi dritti che competono a' particolari, in forza del dritto che loro accorda l' articolo 10 delle leggi civili; art. 2133 (-2227-).

CAPITOLO IV.

Delle cause che impediscono la prescrizione.

Delle cause che impediscono la prescrizione per dritto romano.

§. 258. In questo capitolo noi non parliamo degl' impedimenti che la prescrizione riceve, sia dalla qualità delle persone, contro delle quali si vuol

---

Co' numeri poi 489 *a* 506 classifica le strade incapaci di proprietà privata e non soggette a prescrizione, e noi quivi rinviamo il lettore, non che su quello che abbiamo detto col volume 2 delle nostre *lezioni di dritto civile*, §§. 5 *e seg.* Solamente qui osserviamo a' tironi che per dritto romano *per via pubblica* s' intendea quella il di cui suolo appartenea al pubblico, e che suddivideasi in *regia*, *consolare* e *pretoria*; che le vie di pertinenza de' privati erano dette *agrarie*; che, in fine, le vie appartenenti a' comuni erano dette *vicinali*, se apparisse di averle fatte alcuni di comune consenso per commodo de'loro fondi. *LL.* 2 *ff. ne quid in loco publ.*; e 3 *ff. de locis et itinerib. publ.*

Oggidì le strade che fanno parte del demanio pubblico sono a carico dello Stato, come le *regie* e le *consolari*; son dette *provinciali* quelle a carico delle provincie; e *comunali* quelle a carico de' comuni; ma queste due ultime, comunque non appartenghino direttamente allo Stato, non cessano di essere soggette a'regolamenti dell'amministrazione pubblica, ed in caso di contestazione la competenza appartiene al potere amministrativo.

prescrivere, sia dalla natura delle cose che si vogliono acquistare con questo mezzo: qui ci occupiamo solo degl' impedimenti che provengono da' vizii del possesso. Sotto questo riguardo dunque osserviamo 1. che la mala fede, non meno che la familiarità, il precario e la clandestinità impediscono di prescrivere; *ll.* 3 *e* 6 *ff. de acquir. vel amit. posses.*, *cd ult. ff. pro suo.* 2. Che allor quando era necessario di unire il possesso dell' attuale godente a quello del suo autore, la buona fede era richiesta in ciascuno di essi (1); *l.* 13 *ff. de acquir. vel amit. posses.* 3. Che chi possedea per altri o in nome altrui, chi possedea precariamente, non potea mai acquistare ciò che possedea in forza di tali titoli; *ll.* 2 *cod. de prae-*

I fiumi navigabili poi fanno essenzialmente parte del demanio pubblico. Tanto le strade sopra enunciate, quanto i fiumi navigabili, non sono suscettibili di prescrizione, sia per potervisi acquistare la proprietà, sia per potervisi imporre su' medesimi qualche servitù; art. 7 della legge del 21 Marzo 1817; e 463 a 466 (- 538 *a* 541 -).

(1) Allorchè per completare la prescrizione era necessario di unire al proprio possesso quello del suo autore, se questo ultimo fosse stato di mala fede, bisognava distinguere se il possessore gli era succeduto a titolo singolare, o universale. Nel primo caso la mala fede dell' autore impediva di unire al suo possesso quello dell' attuale possessore, giusta la legge 13 *ff. de acquir. posses.*; ma non l' impediva di prescrivere per proprio dritto, giusta la legge 5 *ff. de divers. tempor. praescript.*

Per l' opposto, allorchè il possessore era succeduto al suo autore a titolo universale, la mala fede del defunto impediva indistintamente di prescrivere, giusta la legge 11 *ff. de divers. tempor. praescript.*

Balbo, rendendo omaggio a questo principio, pretendea di eccettuarne l'erede beneficiato, ma questo era un errore, come osserva Merlin alla voce *prescription*, *sez.* 1, §. 5, *articolo* 4.

script. trig. vel quadrag. ann., e 13 *ff. de usurpat. et usucap.* E ciò per la massima tanto trita nel dritto romano *nemo potest mutare sibi causam possessionis*, applicabile sempre alla prescrizione a fine di acquistare. Se però la causa del possesso venisse a cangiarsi per opera di un terzo, questo cangiamento potrebbe utilmente operare la prescrizione, poichè in questa ipotesi il possesso diveniva legittimo, *aliqua exstrinsecus accedente causa*, come si esprime la legge 5 *cod. de acquir. vel retinend. posses.* 4. Che un possesso fondato su di un titolo vizioso impediva la prescrizione, qualora il vizio fosse tale che il possessore avrebbe dovuto conoscerlo; *l.* 31 *ff. de usurpat. et usucap.* (1); o quando la nullità del titolo era assoluta, o quando il vizio del titolo provvenisse da difetto di capacità a trasferire il dominio. Vedi le leggi 4 *ff. pro herede*; 7 *ff. pro legato;* 19 *ff. de verb. signif.*; ed 11 *cod. de usucap. trasf.* Ma se si trattasse di una nullità relativa, il vizio del titolo non impediva la prescrizione; *l.* 25 *ff. de hered. petit.* Quindi, a'soli titoli affetti di nullità assoluta era appli-

(1) Dalla legge 1 *cod. de imponend. lucrat. praescript.* i forensi hanno desunto l'assioma *ad primordium tituli, posterior semper formatur eventus*, ch' è un eco dell' altra massima *origo nanciscundae possessionis exquirenda est*, consagrata dalla legge *clam ff. de acquir. vel amit. posses.*

Queste due massime esprimono che nell' esistenza di un titolo, desso regola e spiega la natura del possesso, per cui se il titolo è vizioso, il possesso dev'esserlo del pari; ma ciò non importa che non si possa prescrivere contro del proprio titolo, specialmente quando la prescrizione riflette le parti accidentali del titolo, come sarebbero le servitù, di cui fosse gravato un fondo, un dritto d'ipoteca, la facoltà di riscatto ec.

cabile la massima *melius est non habere titulum, quam habere vitiosum.*

Delle cause che impedivano la prescrizione per dritto del regno pria del 1809.

§. 259. Erano in osservanza tra noi le disposizioni del dritto romano relativamente alle cause che fanno cessare la prescrizione; se non che è da osservarsi 1. che Federico II con la costituzione *Quadragenalem,* togliendo le dubbiezze che derivavano dal dritto romano e longobardo, dispose che il possesso delle cose e de'dritti fiscali relativamente alle *regalie minori* potessero prescriversi contro del fisco coll'elasso di cento anni, dichiarando imprescrittibili le *regalie maggiori*, che non possono essere separate dalla sovranità. 2. Che a supplica del baronaggio del regno l'imperatore Carlo VI nel 1720 accordò in termini di grazia legale efficacia alla prescrizione, sia immemorabile, sia centinaria contro al fisco, ancorchè costasse del titolo vizioso infetto ed invalido, ma con la soggiunta *dummodo titulus non sit exhibitus ab isdem possessoribus.* 3. Che lo stesso Federico II, con la costituzione che comincia *Consuetudinem pravam,* ammise la prescrizione de' feudi pel corso di anni trenta in favore di que'feudatarii che avessero comprato senza licenza o assenso del Principe. Vedi Aloe in Domat, *tom.* 3, *lib* 3, *tit.* 7, *sez.* 5, *nota* 29.

Delle cause che impediscono la prescrizione per dritto francese e vigente.

§. 260. Le nuove leggi consacrano ad un di presso le stesse disposizioni del dritto romano, rendendole più semplici e più facilmente applicabili a' casi particolari.

Così, non possono prescrivere i possessori a titolo precario (1), non meno che i di loro eredi ed aventi causa, ma possono prescrivere quando si trovi cangiato il titolo del loro possesso, sia per causa derivante da un terzo, cioè per effetto di un nuovo titolo di proprietà che il possessor precario riceve da un terzo, sia per effetto delle opposizioni che il possessor precario avesse fatte al dritto del proprietario, senza che costui l'avesse contraddetto; art. 2142 a 2144 (- 2236 a 2238 -).

Questa specie d'inversione del principio del possesso non tende a distruggere la massima *nemo potest mutare causam possessionis suae*, ma tende a sostituire un titolo diverso da quello donde il possessore ripetea l'origine del suo possesso, ed è ben naturale, che se il fittaiuolo di Tizio compra da Caio la proprietà del fondo locato con un titolo abile a trasferirgli il dominio, egli non cangia la causa del suo possesso, finchè lo detiene a titolo di fitto, ciò che gli sarebbe vietato, ma la cangia con un titolo diverso che sostituisce all'antico (2).

---

(1) La legge coll'articolo 2142 (- 2236 -) indica per cagion d'esempio i soli possessori precarii, ma questa indicazione non esclude il creditore pignoratizio, l'amministratore giudiziario, i mariti, i tutori, i curatori, i quali tutti non possono mai prescrivere il dritto delle persone che rappresentano.

(2) Merlin alla voce *prescription*, *sez.* 1, §. 9, *art.* 6, osserva che questo cangiamento può operarsi di due maniere, l'una legittima, l'altra ingiusta. La prima ha luogo quando il possessore precario compra dal proprietario il fondo ch'egli detenea fino allora precariamente, o lo riceva in permuta per donazione ec., poichè in questi casi l'aquirente incomincia a possedere per sè, dacchè ha ottenuto un titolo traslativo di proprietà, e quindi incomincia a prescrivere, quando anche colui che gli ha ceduti i suoi

*

Così del pari, colui ch' essendo conduttore di un fondo non può prescrivere la proprietà finchè egli possiede colla qualità di conduttore, ma s'egli ha scoverto un antico titolo che gli attribuisce la proprietà, o se l' abbia ottenuto durante il possesso a titolo precario e ne avesse reclamata l' esecuzione contra del locatore che non si è brigato di contraddirlo, da quel momento egli incomincia a poter prescrivere, perchè già un nuovo titolo si è sostituito all' antico.

Le nuove leggi coll' articolo 2145 (- 2239 -) stabiliscono una nuova specie d' inversione che sembra urtare al primo aspetto, poichè, mentre il detentore precario non può prescrivere a' sensi dell' articolo 2142 (- 2236 -), e mentre la vendita della cosa altrui è nulla, art. 1444 (- 1599 -), il possessor precario, vendendo ad altri il fondo da lui posseduto in fitto, il compratore può utilmente prescrivere. Ma se si riflette che il compratore in forza del titolo traslativo di dominio ha per sè un possesso *animo domini*, ch' egli gode nella fiducia di possedere *pro emptore*, che finalmente non è nè un detentor precario, nè un rappresentante o successore universale del suo venditore, si conoscerà la giustizia della disposizione che rende utile la

---

dritti non fosse proprietario. Il secondo cangiamento avviene per fatto de' terzi, p. e. se un fittaiuolo acquista da un altro in proprietà quel fondo che voi gli avevate concesso in fitto, e da quel momento vi avrà dichiarato di volerlo possedere come suo. Questo cangiamento oprato per fatto di un terzo è in verità ingiusto, ma, a' termini della legge 5 *cod. de acquir. et retin. posses.*, non cessa di dar principio alla prescrizione, perchè non è il fittaiuolo, ma un terzo colui che cangia la causa del suo possesso. *Non sibi mutare, sed ipsi mutare dicitur causa possessionis.*

prescrizione a suo riguardo, quando al titolo giusto fosse accompagnata la buona fede (1).

In fine, le nuove leggi cogli articoli 2146 e 2147 (-2240 *e* 2241-) chiarificano i casi ne'quali si possa o non si possa prescrivere contro il proprio titolo.

Non si può prescrivere allorchè si tratta di voler acquistare una proprietà posseduta a titolo precario, poichè in questa ipotesi si potrebbe cangiare la causa del proprio possesso, ciò ch'è contrario a'principii stabiliti cogli articoli 2136 e 2142 (-2230 *e* 2236-); ma si può prescrivere contro il proprio titolo nel senso, che uno può liberarsi colla prescrizione dall'obbligo contratto, perchè in tal caso la prescrizione non distrugge l'essenza del titolo di cui non altera nè la qualità, nè la sostanza; ma essa non fa che cangiare un patto o una convenzione accidentale, la quale indipendentemente dal titolo potrebbe sussistere, e quindi indipendentemente dal titolo può essere soggetta alla prescrizione.

Così, se taluno compra un fondo soggetto ad

---

(1) Se il legatario di un fondo ne sia stato posto in possesso da colui che credea essere l'erede, e dopo che questo legatario avrà goduto del fondo per un tempo sufficiente a prescrivere, si trova che non fosse l'erede quello il quale si era spacciato per tale, o che avesse coeredi, ed il vero erede ed i coeredi turbano dal possesso questo legatario e gli allegano la nullità del testamento, come se non avesse il sufficiente numero de' testimonii, o se vi mancassero altre formalità, questi difetti del testamento noti o ignoti al legatario, impedirebbero o pur no l'effetto della prescrizione? Domat, *part.* 1, *art.* 3, *tit.* 7, *sez.* 5, §. 14, sostiene la negativa. Vedi inoltre ciò che dice Merlin da noi riportato nella causa tra Spiriti, Bova e de Simone.

una servitù di passaggio, ad un censo, ad un patto di ricompra, ad un' ipoteca, la servitù, il censo, il dritto di ricompra, l'ipoteca possono prescriversi, senza punto cangiarsi la sostanza del titolo donde trae origine il possesso.

Ma, se si trattasse di un contratto reciproco, come di un dritto di uso soggetto ad una prestazione in favore del concedente, in questo caso il pagamento della prestazione renderebbe imprescrittibile il dritto di uso, quando anche l'usuario non avesse per più tempo esercitato il suo dritto, perchè essendo il titolo comune ad entrambi, il posso dell'uno conserva quello dell'altro. Vedi Merlin alla voce *prescription*, *sez.* 1, §. 6, *art.* 3.

CAPITOLO V.

Delle cause che interrompono o che sospendono il corso della prescrizione.

SEZIONE I.

Delle cause che interrompono la prescrizione.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 261. Ne' titoli del digesto *de usurpat. et usucap.*, *de acquirenda vel amit. posses.*, *ex quibus causis in possessionem eatur*, *pro emptore*, e ne' titoli del codice *de long. tempor. praescript.*, *de annali except.*, *de praescriptionibus triginta vel quadrag. annor.*, *de rei vindicat.*, *de usucapione transformanda*, troviamo esposte le cause che interrompono la prescrizione e ch' essendo state letteralmente ritenute dalle nuove leggi, saranno da noi esposte col §. che segue per evitare un' inutile ripetizione.

Teorie del dritto del regno pria del 1809 relativamente all' interruzione della prescrizione.

§. 262. Il dritto patrio pria del 1809 seguiva i principii del dritto romano sul proposito. Quindi, per effetto dell' interruzione non solo si perdea il possesso attuale, ma eziandio tutto il tempo di possesso precedente all' atto d' interruzione.

Solo è d' avvertirsi che per dritto del regno relativamente all' interruzione civile, la prescrizione si operava colla prima istanza o dimanda dell'attore presentata in giudizio e notificata per mezzo del giurato o servente, giusta la costituzione di Arcadio ed Onorio contenuta nella legge 3 *cod. de praescript.* 30 *vel* 40 *annor.*, e nella novella 112 *de religiosis* dell' imperatore Giustiniano, mentre che per antico dritto romano la contestazione della lite non interrompea la prescrizione, come risulta dalle leggi 2 *ff. pro donato;* 2 *ff. pro emptore;* e 18 *ff. de revindicat.* Vedi Moro, *pratica civile*, *tom.* 1, *cap.* 8, §. 7.

Delle cause che interrompono la prescrizione per dritto francese e vigente.

§. 263. Interrompere una prescrizione incominciata, importa render inutile il tempo decorso ed obbligare il possessore di ricominciare a prescrivere di nuovo.

L' interruzione procede da un fatto, che o priva il possessore dal suo godimento o distrugge in lui la buona fede, in modo ch' egli non possa più sostenere d' aver posseduto *animo domini*.

L' interruzione è *naturale*, o *civile*. Ha luogo la prima allorchè il possessore è privato per più di un anno dal godimento della cosa, sia dal precedente proprietario, sia anche da un terzo, art. 2148

e 2149 (-2242 e 2243-), ed in ciò le leggi romane convengono, come risulta dalla legge 5 *ff. de usucap. ed usurpat.* poichè si presume che colui il quale era prima in possesso se ne sia di nuovo impadronito, quando anche avesse con violenza riacquistato il godimento *cum quis de possessione vi deiiciatur*, come si esprime Caio colla legge citata.

Ha luogo la seconda in virtù d'una citazione giudiziale, di un precetto o di un sequestro intimato a colui, cui si vuol impedire il corso della prescrizione, art. 2150 (-2244-) (1): ma sul proposito le nuove leggi, troncando le antiche dispute, decidono 1. che la citazione fatta innanzi al conciliatore interrompe la prescrizione dal giorno in cui la citazione è stata fatta, quando sia seguìta da un ordine a comparire in giudizio notificato nel termine legale. 2. Che la citazione giudiziale fatta anche innanzi ad un giudice incompetente interrompe la prescrizione, ma che ciò non ha luogo se la citazione si annulla per difetto di forma, se l'attore abbia desistito dalla sua dimanda, se lascia perimere l'istanza, se in fine la dimanda venga rigettata, perchè, come osserva Maleville, la citazione nulla, spoglia di tutte le legali formalità, non merita fede, nè può produrre alcun effetto, mentre che la citazione fatta innanzi ad un giudice incompetente è sempre una citazione reale, la quale rende consapevole della cosa la persona cui è indrizzata; art. 2151 a 2153 (-2245 *a* 2247-) (2).

---

(1) Si dubitava anticamente, se il semplice precetto potesse interrompere la prescrizione, o se fosse necessario che venisse accompagnato dal sequestro, come osserva Maleville sull'articolo 2244, ma oggidì questo dubbio è svanito, perchè tanto il precetto isolato, quanto il sequestro possono interrompere la prescrizione.

(2) Anche nel nostro antico foro gli atti fatti in-

Le nuove leggi riconoscono un'altro modo d'interrompimento che a' romani era ignoto, ma che gl' interpetri desumeano dalla legge 7 *cod. de praescript. trig. vel quadrag. ann.* Esso ha luogo quando il debitore o il possessore riconosca il dritto di colui contro del quale era incominciato; art. 2154 (- 2248 -).

Il riconoscimento del dritto del creditore o del proprietario, fatto per parte del debitore o del possessore, esclude la buona fede, esclude quella presunzione di godimento *animo domini*, ch' è la base fondamentale della legittimità della prescrizione; quindi, il pagamento degl' interessi di un debito, o di una parte del capitale, una dimanda di dilazione al pagamento e qualunque altro atto di ricognizione espresso o tacito, quando sia provato per iscritto, o quando possa provarsi per mezzo de' testimonii, nel caso in cui la pruova testimoniale è ammessa, interrompono necessariamente il corso della prescrizione. Vedi Maleville sull' articolo 2248; e Merlin, *repertorio*, alla voce *interruption*.

In fine, le nuove leggi, coordinando le disposizioni relative all' interruzione della prescrizione, alle obbligazioni solidali ed alle fideiussioni, stabiliscono 1. che l'interpellazione fatta ad uno de' debitori solidali, o la ricognizione del dritto fatta da uno di essi, interrompe la prescrizione contro tutti gli altri ed anche contro i loro eredi. 2. Che la interpellazione fatta ad uno degli eredi di un de-

---

nanzi al giudice incompetente interrompeano la prescrizione, mentre che gli atti nulli, le citazioni abbandonate, le sentenze contrarie all' attore, non l'interrompeano, com' è da vedersi in Surdo, *consultazione* 500, in Graziano, *discorso* 994, ed in Altimari, *de nullitatibus*.

bitore solidale, o la ricognizione fatta da questo erede, non interrompe la prescrizione riguardo agli altri coeredi, quando anche il credito fosse ipotecario, perchè fra gli eredi l'insolidanza cessa. 3. Che l'interpellazione, o la ricognizione, interrompe la prescrizione riguardo agli altri condebitori per quella sola porzione cui è tenuto lo stesso erede, ma per interromperla interamente riguardo agli altri condebitori è necessaria l'interpellazione a tutti gli eredi del debitore defunto; ovvero la ricognizione de' medesimi. 4. Che, in fine, l'interpellazione fatta al debitore principale, o la ricognizione del dritto del creditore fatta dal medesimo, interrompe la prescrizione contro del fideiussore; art. 2155 e 2156 (- 2249 e 2250 -) (1). Vedi Pothier;

---

(1) È massima riconosciuta dall'antico dritto che l'interruzione civile non opera che tra la persona che agisce e quella ch'è ricercata. *L. 5 ff. de usurp. et usucap.*

D'Argentrè sulla consuetudine di Bretagna, art. 266, dice: *de persona ad personam non fit interruptio civilis.* E Dunod, col suo trattato *della prescrizione*, ne dà la seguente ragione, cioè, che l'interrompimento, non operandosi che per una specie di finzione, non impedisce la continuazione del possesso sul quale la prescrizione è fondata, non essendo desso che un atto civile. Ora, gli atti civili non giovano che a coloro che li fanno, nè nuocionо se non a quelli cui son diretti. Per questo motivo la domanda di dichiarazione d'ipoteca diretta contro il solo terzo possessore, o il di costui riconoscimento isolato, non interrompono la prescrizione dell'azione personale contro il principale obbligato; o viceversa, quando l'azione personale è conservata contro del debitor principale, il terzo detentore può ciò non ostante prescrivere l'azione ipotecaria. Vedi Merlin, *repertorio*, alla voce *interruzione*.

Questa regola però non si applica nè a' creditori, nè a' debitori solidali, perchè un solo de' creditori solidali ha il dritto di tutti rispetto al debitore, e ciascuno de' debi-

trattato *delle obbligazioni*, *vol.* 3, *n.* 663, ed Armellini, *dizionario*, *tom.* 4, *pag.* 526, e *pag.* 152 *a* 161.

SEZIONE II.

Delle cause che sospendono il corso della prescrizione.

Principii del dritto romano sul proposito.

§. 264. A differenza dell' interrompimento, ch' estingue la prescrizione nel possessore e l' ob-

---

tori solidali è tenuto dell' obbligazione di tutti rispetto al creditore; art. 1150, 1152, 1156, 1157 e 1159 (- 1197, 1199, 1203, 1204 e 1206 -). Ond' è che il legislatore, volendo coordinare le teorie della prescrizione alle disposizioni contenute negli articoli citati, ha senzionato l' articolo 2155 (- 2249 -), di cui è oggetto nel paragrafo.

In quanto poi all' articolo 2156 (- 2250 -) esso decide un punto ch' è stato molto controverso nell' antica giurisprudenza. Infatti, Brunemanno sulla legge ultima *cod. de duob. reis*, e molti dottori da lui citati, insegnano che l'interpellazione giudiziale fatta al debitor principale, o la ricognizione del debito fatta dal medesimo, interrompe la prescrizione contro i suoi fideiussori, perchè milita per i fideiussori l'istessa ragione che indusse Giustiniano a così decidere riguardo a' condebitori solidali.

Duperier, per l' opposto, e gli autori da lui citati sostengono la negativa, perchè (essi dicono) evvi una grande differenza tra' fideiussori ed i condebitori solidali. Vedi Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *n.* 664.

In mezzo a tanta contraddizione di opinioni, la nuova legge decide che l' interpellazione fatta al debitor principale, o la ricognizione da lui fatta del dritto, interrompe la prescrizione contro il fideiussore, eguagliando in tal modo le obbligazioni fideiussorie alle obbligazioni solidali, che nell'antico foro si consideravano di una specie diversa, com' è da vedersi in Graziano, *discettazioni forensi*, *capit.* 110, *n.* 37.

bliga a dover cominciare nuovamente a prescrivere, la sospensione non fa che trattenere il corso durante il tempo in cui essa ha luogo per poi unire il tempo che ha preceduto con quello che lo sussiegue. Il suo effetto dunque è di dedurre il tempo intermedio senza punto recar pregiudizio alla prescrizione già decorsa ed a quella che potrà decorrere, dopo che saranno cessate le cause della sospensione (1).

Queste cause altre derivano dalla persona del proprietario ed altre da' fatti indipendenti da lui.

Il dritto romano annoverava tra le cause atte a sospendere la prescrizione le seguenti:

1. La pupillare età. *LL. sicut cod. de praescript. trig. vel quadrag. ann.; e 48 ff. de acquir. rer. domin.*

Riguardo a' minori non correa la prescrizione di anni dieci fra' presenti e di venti fra gli assenti, ma correa la prescrizione straordinaria di trenta o di quarant' anni, contro la quale essi poteano implorare il beneficio della restituzione *in integrum* (2).

---

(1) Della sospensione del tempo da calcolarsi nella prescrizione non se ne fa menzione espressa che nella sola legge 7 *cod. quib. non obiicit. long. tempor. praescript.*, la quale si esprime ne' seguenti termini: *Praescriptione bona fide possidentes adversus praesentes annorum decem, absentes autem viginti muniuntur. Quod tempus si ex alicuius persona de petitorum parte restitutionis praetendatur auxilium, deducto eo quod si fuerit gestum, succurri solet, residuum tempus computari rationis est.* Questa legge parla generalmente della deduzione del tempo da farsi quando l' attore oppone la restituzione *in integrum* contro la prescrizione eccepita dal possessore, ed ordina che dedotto il tempo, che non si dee calcolare pendente l'azione rescissoria, il tempo residuo debbe calcolarsi.

(2) La restituzione *in integrum* concessa a' minori po-

LL. 3 *cod. de praescript. trig. vel quadrg. ann.*; 3 *cod. quib. non obiicit. long. temp. praescrip.*, *ed ult. cod. in quib. caus. in integr. restit.*

2. Il legame della patria potestà, giusta la legge 1 *cod. de bon. matern. gener.*, *e la novella* 22 dell'imperator Giustiniano, sebbene dalle leggi 1 *cod. de ann. except.*, *e* 4 *de bon. quae liber.*, sembra risultare che in quanto al *peculio castrense*, o *quasi castrense*, la prescrizione correa come per i maggiori, ma non così in quanto al *peculio avventizio.*

3. L'autorità maritale.

In vero, durante il matrimonio non solo non avea luogo la prescrizione fra coniugi, ma i beni dotali non poteano durante il matrimonio prescriversi, meno che la prescrizione non fosse incominciata pria che si fosse costituita la dote, nel qual caso la moglie, dopo sciolto il matrimonio, avea il regresso contro il marito, qualora questi potendo non avesse impedito la prescrizione, richiamando a sè i fondi dotali; *ll.* 6 *ff. de fund. dot.*; 30 *cod. de iur. dot.*; *e* 1 *cod. de ann. except.* La pre-

---

tea esperimentarsi nel corso di un quatriennio, *l.* 9 *cod. de temp. in integr. restit.*, ed avea luogo sia che il minore divenisse erede di un minore, sia che divenisse erede di un maggiore, sia che il maggiore succedesse al defunto minore, sia finalmente che il maggiore succedesse al defunto anche maggiore. Vedi la legge sopra citata non che la legge 1 *cod. eod.*, la costituzione del regno *minorum iura*, e la legge *haered. ff. de reg. iur.*

La restituzione *in integrum* competea ancora a' maggiori per causa di assenza necessaria, come per legazioni, ambascerie, per causa di peste, per caso fortuito, quando si fosse caduto in mano de' corsari, o divenuto prigioniero di guerra, come dall'intero titolo del digesto *ex quib. causis maiores in integrum restituantur.*

scrizione però correa in quanto a' beni parafernali. Vedi le leggi citate.

4. L' ignoranza di colui contro del quale si volea far correre la prescrizione per equità introdotta dall' editto del pretore, giusta la legge 1 *ff. in quib. caus maior. in integr. restit.*; ma per rigor di dritto l' ignoranza non arrestava la prescrizione di dieci o di venti anni, perchè, giusta legge ultima *cod. de praescript. trig. vel quadrag. ann.*, in fatto di prescrizione *nulla scientia vel ignorantia spectanda, ne altera dubitationis inestricabilis oriatur occasio.*

5. Il beneficio dell' inventario riguardo a' crediti che l' erede avea contro l' eredità, giusta la legge 2 *cod. de servitut.*, anzi nè anche correa la prescrizione durante il tempo per far l' inventario contro i creditori, perchè era ad essi proibito in quel frattempo di agire contro l' erede; *l. ult. cod. de iur. deliber.* Vedi ancora Graziano, *discettazioni forensi, cap.* 932, *n.* 13, *part.* 5, ed il Cardinal de Luca, *de haeredit.*, *discorso* 18, *n.* 9, *e discorso* 28, *n.* 6.

6. La condizione non verificata, giusta le leggi *cum notissimi cod. de praescript. trig. vel quadrag. ann.*, *e.* 1 *cod. de annal. except.*, le quali aveano stabilito la massima *contra non valentem agere, non valet praescriptio.*

7. La mancanza dello scorrimento del termine nelle obbligazioni contratte a termine, giusta le leggi sopra citate, non che giusta la legge 8 *cod. de praescript. trig. vel quadrag ann.*, ma la sospensione avea luogo solamente quando il termine era incerto, perchè presso i romani soltanto *dies incertus pro conditione habetur.* Non pertanto, correa la stessa massima, quando anche il termine fosse certo, allorchè si trattava di una

prescrizione apposta da colui col quale si era contratto, perchè nella pendenza del termine egli non potea agire.

Teorie del dritto del regno pria del 1809 relativamente alle cause che sospendono il corso della prescrizione.

§. 265. Indipendentemente dalle cause di sospensione riconosciute dal dritto romano, il dritto patrio pria del 1809 ammettea ancora le seguenti, cioè 1. l'interdizione per causa di demenza, giusta l'opinione di Balbo, fondata sulla legge 3 *cod. de praescript.* 30 *vel* 40 *annor.*

2. L'eredità giacente, giusta l'opinione di Surdo, *decis.* 2, *n.* 14, e di de Luca, *de iudic.*, *discorso* 21, *n.* 49.

3. L'incapacità di alienare in pregiudizio del successore durante la vita dell'incapace.

Questa causa sospensiva del dritto di prescrizione facea sì che i compratori de' beni fedecommessati non poteano mai prescrivere contro i successori del gravato che avea alienato, perchè essi durante la vita di lui non aveano azione, o non poteano agire, appoggiandosi questa massima ne' titoli del codice e del digesto *de fideicom. haredit.*

Delle cause che sospendono il corso della prescrizione per dritto francese e vigente.

§. 266. La sospensione della prescrizione, come abbiamo osservato col paragrafo precedente, non colpisce che il possesso preesistente; esso lo lascia sussistere e non fa che arrestarne momentaneamente il corso, finchè durano le cause della sospensione.

Queste cause per dritto francese e vigente si riducono alle seguenti:

1. La qualità delle persone che abbiano in

lor favore qualch' eccezione stabilita dalla legge, tra le quali si annoverano i minori, gl' interdetti, le donne maritate, perchè incapaci degli atti che loro sono di pregiudizio; art. 2157 e 2158 (- 2251 *e* 2252 -).

È però da osservare che non sempre la sospensione è operativa in favor de' minori, degl' interdetti e delle donne maritate, ma ne' soli casi tassativamente determinati per eccezione.

Così, l' azione di rescissione per causa di lesione da sperimentarsi fra il corso di due anni corre contro i minori, gl' interdetti, le donne maritate e gli assenti, allorchè succedono al maggiore che ne avesse fatta la vendita, art. 1522 (-1676-), perchè quando la vendita si fosse fatta direttamente dal minore, dall' interdetto, dalla donna maritata senza l' autorizzazione del marito, sarebbe rescindibile indipendentemente da ogni lesione, ma l'azione di rescissione si prescrive eziandio nel corso di anni dieci; art. 1078 e 1258 (- 1124 *e* 1304 -).

Così, il termine della facoltà di ricompra non si sospende per la minor età, interdizione, assenza, o per lo stato di matrimonio in favore della donna maritata; art. 1509 (- 1663 -).

Così, la prescrizione delle ipoteche corre a danno de' minori, degl' interdetti, delle donne maritate su' beni di ogni altra persona, fuorchè de' loro tutori, allor quando un terzo acquirente adempia alle formalità stabilite per purgare dall' ipoteca gl' immobili che ha acquistati; art. 2020, 2096, 2158 e 2160 (- 2134, 2195, 2252 *e* 2254-).

Così finalmente, le prescrizioni di sei mesi, di un anno, di due anni, decorrono contro i minori, gl' interdetti, a' sensi degli articoli 2065, 2158 e 2184 (- 2171, 2252 *e* 2278 -).

2. Lo stato coniugale; art. 2159 (- 2253 -).

Era troppo ragionevole che durante lo stato coniugale fosse vietata ogni prescrizione tra coniugi, mentre la legge richiede da essi l'unione intima de' loro sentimenti e de' loro interessi, mentre il marito è l'amministratore quasi sempre de' beni della moglie, mentre n' esercita tutte le sue azioni, mentre, in fine, dessa vive sotto la sua potestà, nè può mai agire senza di lui, o senza l' autorizzazione del giudice.

Ma se la prescrizione non ha luogo tra coniugi, ed è sospesa durante lo stato coniugale, non avviene lo stesso riguardo a' terzi.

La legge, quindi, stabilisce che i beni della moglie separata, sia per effetto del contratto di matrimonio, sia per effetto di una sentenza del magistrato, sono soggetti alla prescrizione, come quelli de' quali il marito ha l' amministrazione, art. 2160 (- 2254 -), e per rispetto alla donna maritata sotto il regime dotale, la prescrizione è sospesa durante il matrimonio relativamente agl' immobili dotali, de' quali non si è permessa l' alienazione, ma continua ad avere il suo corso se è incominciata in un tempo anteriore al matrimnoio, siccome corre del pari per rispetto a' beni mobili della moglie essenzialmente alienabili, e per rispetto a' beni parafernali, mobili od immobili che la moglie è capace di alienare; art. 1374, 1375 e 2160 (- 1561, 1562 *e* 2254 -).

Benvero, la prescrizione in danno della donna maritata non può avere il suo corso durante il matrimonio

1. Nel caso in cui l' azione competente allo moglie non si potesse sperimentare se non dopa la scelta da farsi sull' accettazione, o la rinunzia alla comunione.

2. Nel caso in cui il marito, avendo alie-

nato i beni proprii della moglie senza il di lui consenso, è garante della vendita; ed in tutti gli altri casi ne' quali l'azione competente alla moglie si potesse rivolgere contro il marito, perchè in questi due casi sussiste il principio *contra non valentem agere, non currit praescriptio*, ed il legslatore non ha voluto mettere la moglie nella dura necessità o di perdere i suoi dritti, o d'intentare le sue azioni contro il marito, il di cui effetto potrebbe accendere un risentimento fatale al riposo di entrambi. Vedi Dunod *sulle prescrizioni*, *pag*, 252.

3. La pendenza di una condizione non verificata; art. 2163 (-2157-).

Invero, finchè un dritto è incerto, finchè non si ha un'azione per reclamarlo, la prescrizione dee necessariamente sospendere il suo corso, dee dormire, ed il tempo del sonno non può calcolarsi in danno di colui al quale il dritto appartiene.

Dee però avvertirsi, che la sospensione della prescrizione non ha luogo se non relativamente alle condizioni sospensive, perchè la condizione risolutiva non impedisce l'eseguimento dell'obbligazione, art. 1136 e 1137 (-1183 *e* 1184-), e che la voce *credito*, impiegata dall'articolo 2163 (-2257-), è applicabile ad ogni specie di dritto, per cui il legato condizionale di una somma di danaro, o di un fondo di terra, l'obbligo condizionale di rilasciare un immobile, o di pagare talune persone, non sono soggetti a prescrizione, finchè la condizione non si avvera.

4. La mancanza dell'avvenimento dell'evizione riguardo ad un'azione per garantia; art. 2163 (-2257-).

Infatti, finchè si gode pacificamente della cosa acquistata non vi è azione di garantia a sperimentare, nè prescrizione a temere.

Quando l'evizione si è giudizialmente verificata, è in questa ipotesi che la prescrizione riprender deve il suo corso.

5. La pendenza del termine per le obbligazioni contratte a termine; art. 2163 (- 2257 -).

Ciò che si è detto per le obbligazioni condizionali, dee egualmente valere per le obbligazioni a termine. Finchè il termine non sia arrivato, si manca di azione, e quindi sarebbe ingiusto il darsi corso alla prescrizione *contra non valentem agere.*

6. Il godimento del beneficio dell'inventario; art. 2164 (- 2258 -).

Questa disposizione non ha bisogno di commenti, poichè l'effetto del beneficio dell'inventario, essendo quello di conservare all'erede i suoi dritti contro la successione, questa non può prescrivere contro di lui, come bene ha osservato Bigot-Preameneau. Altronde, essendo l'erede il detentore de' beni della successione ed esercitando egli le azioni che ne dipendono, non potrebbe agire contro di sè stesso. Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *n.* 146.

Le nuove leggi poi, troncando le antiche dispute, stabiliscono che la prescrizione non è sospesa contro una eredità giacente, benchè non provveduta di curatore, e che la prescrizione decorre ancora durante i tre mesi per far l'inventario ed i quaranta giorni per deliberare, perchè si è riflettuto, che se l'eredità giacente acquista mediante la prescrizione la proprietà de' beni e la liberazione de' debiti, con egual giustizia doveasi ammettere il corso della prescrizione, e ch'era necessario di far correre la prescrizione durante il tempo per l'inventario, ad oggetto di sollecitarne la confezione per non lasciar lungo tempo incerti

i dritti tanto de' creditori, quanto degli eredi. Vedi Pothier, trattato *delle obbligazioni*, *n.* 650.

CAPITOLO VI.

Del tempo necessario per prescrivere.

SEZIONE I.

Del modo di calcolare il tempo richiesto per la prescrizione.

Disposizioni del dritto romano e patrio sul proposito.

§. 267. Vi era un' antimonia tra le leggi romane circa il modo da computare il tempo necessario per la prescrizione. In fatti, la legge 6 *ff. de obligat. et act.* insegna che il tempo dovesse calcolarsi *de momento ad momentum*, lo che viene ripetuto anche colla legge 3 *ff. de minor.*

Per l'opposto, la legge *penult. ff. de divers. ac temporal. praescript.* insegna che la prescrizione è compiuta, basta che l'ultimo giorno sia incominciato.

Queste altre leggi riportate sotto il titolo del digesto *de usucapion.* hanno scisso in partiti gl'interpetri, i giureconsulti e li dottori, ma finalmente nel foro si era adottata l'opinione di Cuiacio ed Acursio, i quali insegnano che nelle azioni reali il tempo debba valutarsi *de momento ad momentum*, in modo che l'ultimo giorno del termine dev' essere interamente scorso per compiersi la prescrizione: nelle azioni reali, per l'opposto, basta che l'ultimo giorno del termine sia incominciato. Vedi Cuiacio sulle leggi citate (1).

---

(1) Pothier *in pandectas Justinianeas*, *tom.* 3, *pag.*

Questo era l'ultimo stato della giurisprudenza per dritto patrio pria del 1809.

Del modo di calcolare il tempo richiesto per la prescrizione per dritto francese e vigente.

§. 268. Le nuove leggi, ad oggetto di troncare le antiche dispute, dispongono che la prescrizione si calcola a giorni e non ad ore, e che si acquista quando è compiuto l'ultimo giorno del termine, senza far distinzione alcuna tra azioni personali e reali; art. 2166 e 2167 (-2260 *e* 2261 -).

Da ciò il principio che il giorno *a quo*, o sia quello che dà nascita alla prescrizione, non è compreso nel termine; ma vi è compreso il giorno *ad quem*, o sia quello della scadenza (1).

644, *n.* 26, *e pag.* 666, *n.* 118, segue l'opinione di Cuiacio sulla legge 33 *ff. de verbor. signific.* Ma la legge 101 *ff. de reg. iur.* stabilisce che il giorno *a quo* non dee comprendersi nel termine; e Tiraquello, col suo trattato *del ritratto lineale*, chiama tal controversia *controversissima*, facendo l'elenco de' diversi autori che sosteneano le opposte dottrine. Vedi Troplong, trattato *de' privilegii ed ipoteche*, sull'articolo 2109 *cod. frand.*, *n.* 294 *a* 309.

(1) Ma questa istessa regola correr dee per i termini fissati dalle leggi di procedura?

L'articolo 1109 leg. di proc. civ. (- 1033 *cod. di proced. franc.*-) dispone che per i termini di aggiornamento, citazioni, intimazioni ed altri atti di procedura fatti a persona o a domicilio, non debbe computarsi nè il giorno della notifica, nè quello della scadenza. Questa massima però non è stata generalmente applicata dalla giurisprudenza del foro agli atti di opposizione da notificarsi da patrocinatore a patrocinatore. Vedi Vazeille, trattato *delle prescrizioni*, *tom*, 1, *n.* 321 *a* 335, *pag.* 233 *a* 242.

Sezione II.

Della prescrizione di trent' anni.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 269. Il dritto romano riconoscea diverse specie di prescrizione relative ad oggetti particolari, come or ora vedremo. Teodosio il grande (o come altri vogliono Onorio e Teodosio il giovine) introdusse la prescrizione trentennia colla legge 3 *cod. de praescript. trig. vel quadrag. ann.*, in forza della quale tutte le azioni reali, o personali, o miste, non soggette a prescrizioni particolari, furono sottoposte alla prescrizione di trent'anni, senza bisogno di titolo o di buona fede, e questa prescrizione di un genere tutto proprio, confermata e sviluppata dalle leggi 7 *ff. eod.*, 1 *ff. de annal. exc.* e dalla novella 119 di Giustiniano, è quella che Cicerone ricolma di elogii, chiamandola *finis litium et sollecitudinis*, ed alla quale l'imperator Valentiniano attribuisce il merito di assicurare agli uomini una piena tranquillità. *Umano generi profunda quiete prospexit.*

Della prescrizione di trent' anni per dritto francese e vigente.

§. 270. Le nuove leggi coll' articolo 2168 (- 2262 -) hanno ammesso la prescrizione del trentennio ne' precisi termini del romano dritto, sanzionando inoltre coll' articolo 2170 (- 2264 -), che tutti gl' oggetti non preveduti, nè soggetti ad una prescrizione particolare, sono sottoposti alla prescrizione del trentennio.

Ad oggetto poi di troncare le antiche dispute tra Martino e Bulgaro circa la prescrizione de' canoni annuali che non dipendono da un capitale

determinato, non che delle rendite di ogni natura, sieno perpetue, sieno vitalizie, le nuove leggi dispongono ch' esse possono prescriversi col trentennio, per lo che autorizzano il creditore a pretendere dal suo debitore un nuovo titolo dopo ventotto anni dalla data dell' ultima scrittura, che il debitore dovrà somministrare a proprie spese, art. 2169 (-2263-), e con questo mezzo si evita la facilità in cui si troverebbe il debitore che volesse prescrivere, di poter nascondere i ricevi delle annullità soddisfatte che si trovano presso di lui, per allontanare la pruova dell' interruzione che il creditore potrebbe eccepire per rendere la domanda della prescrizione inammessibile.

Le nuove leggi non enunciano col titolo delle prescrizioni trentenarie che le sole rendite di ogni natura; art. 1187, 2168 e 2169 (-1234, 2262 *e* 2263-): ma percorrendo tutte le disposizioni contenute nella prima parte del codice leggi civili, è facile rilevare, che sono inoltre soggette alla prescrizione del trentennio

1. Le azioni pel rendiconto di frutti contro l' erede presuntivo, il quale ha ottenuta l' immessione in possesso provisionale de' beni dell' assente, e contro quello il cui possesso è stato dichiarato diffinitivo; art. 133, 135 e 138 (-127, 129 *e* 132-).

2. L' usufrutto; art. 542 (-617-).

3. L' usufrutto che non è accordato a' particolari; art. 544 (-619-).

4. I dritti di uso e di abitazione, sia per l'acquisto, sia per la perdita; art. 550 (-625-).

5. Il possesso di un coerede di una quota ereditaria rende inammessibile la domanda di divisione dopo anni trenta; art. 735 (-816-).

6. La divisione provisionale tra coeredi maggiori e minori, o presenti ed assenti, si rende

definitiva coll' elasso di anni trenta. Toullier, *tom.* 4, *n.* 407.

7. Il dritto accordato a' creditori del defunto di domandar la separazione del suo patrimonio da quello dell' erede, dura riguardo agl' immobili finchè i beni esistono in potere dell' erede; ma il credito si prescrive coll'elasso di trent' anni; art. 800, 1187 e 2168 (-880, 1234 *e* 2262-).

8. Il possesso pacifico di anni trenta per parte del donatario, de' suoi eredi ed aventi causa, posteriormente alla nascita del figlio sopravvenuto al donante, fa perdere a costui ed a' suoi eredi il beneficio della rivocazione; art. 885, 887, 888 ed 891 (-960, 962, 963 *e* 966-).

9. La facoltà di accettare o di renunziare ad una successione si prescrive in trent'anni; art. 706, 735 e 2168 (-789, 816 *e* 2262-) (1).

---

(1) L'articolo 706 (-789-) si esprime così: « la facoltà di accettare o di rinunziare ad una eredità si prescrive collo scorrimento del tempo richiesto per la più lunga prescrizione de' dritti su' beni immobili. »

Quest' articolo ha imbarazzato tutti gl'interpetri e commentatori del nuovo dritto, com'è da vedersi in Maleville sull' articolo 789 *cod. franc.*; Chabot sull' articolo istesso; Delvincourt, trattato *delle successioni*, *lib.* 3, *nota* 149; Toullier, *tom.* 4, *n.* 347; Vazzeille, trattato *delle prescrizioni*, *tom.* 2, *n.* 370 *a* 376, e gli autori del commentario sulle nostre leggi civili.

Invero, secondo l' interpetrazione letterale dell'articolo, l' erede che lascia scorrere tanti anni nell' inazione, se l' eredità è tuttavia vacante, non può riprenderla, perchè la facoltà di accettare è prescritta; e, per l'opposto, se taluni creditori, la cui azione non sia estinta, venissero a perseguitarlo pel pagamenoo de' debiti, non può allontanarli colla rinunzia, perchè la facoltà di rinunziare è prescritta del pari. Quest' ultima conseguenza sembra strana ed in manife-

10. Tutt' i dritti reali sugl' immobili, allorchè la prescrizione s'invoca a fine di liberare, art. 2147 (-2241-), meno che però per l' azione ipotecaria che si prescrive in dieci anni dal dì della trascrizione. Vedi Delvincourt, *tom. 6, pag. 132.*

11. In fine, in materia di servitù non si conosce altra prescrizione che quella di trent' anni, sia che si trattasse di acquistarle, sia che si trattasse di perderle; art. 609, 610 e 611 (-688, 689 *e* 690-). Vedi Toullier, *tom.* 3, *n.* 630 *e seg.*, e Vazzeille, trattato *delle prescrizioni*, *n.* 397 *a* 448.

---

sta contraddizione di ciò che sta disposto cogli articoli 692, 695 e 730 (-775, 778 ed 811-), perchè se vi bisogna un' accettazione per essere erede, non vi è sicuramente bisogno di rinunzia per non esserlo.

Intanto, per conciliare alla meglio la manifesta antinomia ch' esiste tra gli articoli citati, uopo è supporre, che il legislatore coll' articolo 706 (-789-) abbia avuto in mira di mettere un termine all' esitazione del successibile, e di far sì che quando è stato perseguitato da' creditori, e quando i termini che ha ottenuto sono spirati, perde la facoltà di rinunziare e sia inevitabilmente erede allorchè sono scorsi anni trenta dall'apertura della successione. Questo sembra il solo caso in cui può ricevere un' applicazione l' articolo in disamina relativamente alla facoltà di rinunziare; ma, come osserva il dotto traduttore del Vazzeille, sarebbe stato desiderabile che, ad evitare ogni disputa sulla intelligenza di quest' articolo, si adottasse la seguente redazione fatta ne' Paesi Bassi nel codice Guglielmo, *lib.* 2, *tit.* 15, *art.* 17. *La facoltà di accettare una successione si prescrive col decorso di trent'anni a datare dal giorno della sua apertura, purchè prima o dopo lo spirare di questo termine la successione sia stata accettata da uno di loro che la legge o il testamento chiama; senza pregiudizio però de' dritti che possono competere a terze persone su i beni della successione in virtù di un titolo valido qualunque*; art. 19. La facoltà di rinunziare ad una successione è imprescrittibile.

Sezione III.

Della prescrizione di dieci e di venti anni.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 271. Per dritto romano le azioni reali si prescriveano in dieci anni tra presenti ed in venti tra gli assenti, non meno che le azioni che aveano per oggetto la conservazione di un dritto di servitù, come dispongono le leggi *unic. cod. de usucap. trasfor.*, 2 *ff. de praescript. long. temp.* e la novella 119. In forza però delle leggi medesime richiedevasi essenzialmente il giusto titolo e la buona fede per potersi ammettere sì fatta prescrizione.

Anche fra dieci anni tra presenti e venti tra gli assenti si prescrivea il dritto di potersi domandare una divisione tra coeredi che aveano posseduto *pro diviso*, giusta la legge *si maior. cod. commun. divid.*

Il pagamento d' interessi per un decennio facea prescrivere il capitale in favore del creditore e presumerlo dovuto. *L.* 6 *ff. de usur.*

Nel contrasto tra due coloni, de' quali l' uno avesse pagato la prestazione al proprietario per un decennio e l'altro no, la proprietà superficiaria, o sia il dominio utile, s' intendea prescritto pel primo, giusta la legge 20 *cod. de agricol. et censit.*, che anzi Doumolin, *de usur.*, *quaest.* 2, *n.* 201, decide che la prestazione del canone per un decennio dispensava il padrone diretto dall' obbligo di esibire il titolo anche in petitorio, poichè col decennio egli avea prescritto il pagamento de'canoni che continuavano ed essergli dovuti. Vedi Merlin,

alla voce *prescription, sez.* 2, §. 23, *n.* 7 (1). Vedi inoltre le leggi *unic. cod. de usucap. trasfor.*, 9 *cod. de praescript. long. temp.*, *ult. cod. eod.*, *e novella* 119, *cap.* 8, colle quali si enunciano infiniti casi in cui avea luogo la prescrizione di dieci anni fra presenti e di venti fra gli assenti, intendendosi per assenti quelli che abitavano in provincie diverse.

Il titolo poi non solo dovea essere traslativo di proprietà, ma inoltre dovea essere valido. *ll.* 1 *ff. pro harede*, 5 *e* 7 *ff. pro legato.*, 1 *ff. pro donato*, *e* 4 *ff. pro suo*; ma quando il difetto derivava dalla mancanza di formalità dovea riputarsi valido, qualora la formalità non venisse opposta da colui in di cui favore era stata stabilita; non dovea essere sospeso da condizioni, *l.* 2 *ff. pro empt.*; in fine, il giusto titolo, da cui derivava il possesso, dovea continuare ad essere il titolo del possesso medesimo durante tutto il tempo richiesto pel compimento della prescrizione, *l.* 6 *ff. pro empt.*; ma era necessario che il titolo fosse inoltre vero, poichè un titolo falso non potea dar luogo alla prescrizione, ma se il titolo vero si fosse dal possessore ignorato. la prescrizione correa ciò non ostante. *LL.* 2 *ff. pro empt.*, 31 *e* 44 *ff. de usurpat. et usucap.*

---

(1) Le espressioni di Doumolin, luogo citato, sono le seguenti: *Constito de praestationibus causalis, sufficiunt decem continuorum annorum praestationes . . . Adverte tamen diligenter . . . . quod nullus est hoc casu, praescriptioni locus contra ipsum debitorem, sed bene contra tertium creditorem, sed est, hoc casu legalis duntaxat praesumptio tituli quae veritati cedit si probetur.* Vedi Merlin alla voce *prescription, sez.* 2, §. 13, *n.* 7, *e* Pothier, trattato *della costituzione di rendita*, *n.* 157.

La buona fede poi si presumea nel possessore, salva la pruova in contrario, e bastava che avesse esistita nel tempo della tradizione, ma per una eccezione al contratto di vendita richiedeasi all' epoca del contratto ed a quella della consegna. *LL.* 15, 31 *e* 44 *ff. de usurpat. et usucap.*; 10 *e* 48 *ff. eod.*; 13 *ff. pro emptor.*; e 27 *ff. de usucap.* Vedi Pothier, trattato *delle prescrizioni*, *n.* 85 *a* 97.

Teorie del dritto francese e vigente relativamente alla prescrizione di dieci e di venti anni.

§. 272. Le nuove leggi ritengono ad un di presso le teorie del dritto romano sul proposito. La diversità di domicilii del proprietario estende o limita la prescrizione a dieci o a venti anni, secondo che il padrone abiti dentro o fuori del territorio compreso sotto la giurisdizione della gran Corte civile, richiedendosi in quest'ultimo caso l'elasso di anni venti, perchè la legge ha creduto di accordare al creditore o proprietario un maggior tempo per aver conoscenza del possesso perduto; art. 2171 (-2265-).

Le stesse condizioni, militando in favore dell'assente, gli han dovuto conciliare l'istesso beneficio, per cui l'articolo 2172 (-2266-) dispone, che in caso di assenza, per compiere il corso della prescrizione, bisogna aggiungere a quel che manca a' dieci anni di presenza, un numero di anni di assenza, che sia doppio di quel che manca per compiere i dieci anni di presenza.

Anche le nuove leggi richieggono per la prescrizione di dieci o di venti anni un titolo giusto, in forma valida, vero e fatto da colui che avea la capacità di alienare, ma per giusto titolo s'intende quello che per suo carattere e per la sua indole è capace di trasferire la proprietà, non essendo

necessario che derivasse dal vero proprietario, nel qual caso non vi sarebbe bisogno di ricorrere alla prescrizione.

Così, se un fittuario vende o dona la cosa locatagli, basta che sia capace di alienare e l' acquirente ignorasse ch' egli possiede a titolo precario, può ben prescrivere coll' elasso di dieci e di venti anni, quando il titolo non fosse affetto di nullità di forme, le quali rendono la prescrizione inammessibile; art. 2173 (-2267-).

Se, per l' opposto, l'alienante era un minore, un interdetto, un condannato all' argastolo, una donna maritata sotto il regime dotale, mancando essi della capacità di disporre, l' acquirente non può mai giovarsi della prescrizione, perchè gli manca un giusto titolo atto a trasferirgli il dominio. Vedi Vazzeille, *tom.* 2, *n.* 881 *e seguenti.*

In fine, le nuove leggi richieggono anche la buona fede, ma nel solo tempo dell' acquisto, e la dichiarano sempre presunta, salva la pruova in contrario; ma, in grazia de'vantaggii che arreca la prescrizione, dispongono che non debba ammettersi altra pruova per la mala fede se non quella che risulta da scritture; art. 2175 (-2269-).

Le prescrizioni che si compiono in dieci anni fra presenti ed in venti fra gli assenti sono applicabili

1. All' azione di garentia contro gli architetti o appaltatori per le opere in grande da essi fatte e dirette; art. 1638 e 2176 (-1792 *e* 2270-)

2. Alla proprietà di un immobile acquistato in buona fede e con giusto titolo; art. 2171 (-2265-).

3. All'azione ipotecaria; art. 2074 (-2180-).

Indipendentemente poi da tali prescrizioni soggette al periodo di anni dieci fra' presenti e di

venti fra gli assenti, le nuove leggi riconoscono una prescrizione isolata di anni dieci, la quale è applicabile a' seguenti casi:

1. Alle azioni rescissorie per errore, dolo, violenza, minor età; art. 807, 1035, 1063, 1071, 1078 e 1258 (-887, 1079, 1109, 1117, 1124 e 1304-).

2. Alle azioni di rescissione per lesione oltre il quarto nelle divisioni tra coeredi; art. 807 e 1258 (-887 e 1304-).

3. Alle divisioni fatte dagli ascendenti che non possono impugnarsi per lesione oltre il quarto dopo gli anni dieci; art. 1035 (-1079-).

4. A tutte le azioni di restituzione in intero contro gli atti e contratti fatti da' minori ed interdetti, ch' eccedono la loro capacità e senza l' autorizzazione richiesta dalla legge; art. 152, 830 e 1352 (-144, 914 e 1398-).

5. Alle azioni di restituzione che competono a' prodighi ed agli imbecilli contro gli atti stipulati senza l' assistenza del consulente giudiziario; art. 422 (-499-).

6. Alle donazioni, alienazioni, ipoteche, acquisti fatti a titolo gratuito ed oneroso dalle donne maritate senza il consenso del marito o del giudice, che non possono essere annullati con l' azione rescissoria dopo dieci anni dal dì dello scioglimento del matrimonio; art. 206, 207, 821 e 1374 (-217, 218, 905 e 1561-).

7. Alle azioni rescissorie che competono a' comuni ed agli stabilimenti pubblici per le alienazioni, permute, prestiti e transazioni fatte senza l'autorizzazione richiesta dalla legge, e che si prescrivono in dieci anni; art. 1917 e 2133 (-2045 e 2227-).

8. Ogni azione contro il tutore relativa alla

tutela si prescrive in dieci anni computabili dal giorno della maggior età del minore; art. 398 (-475-), checchè abbia insegnato in contrario Toullier, *tom.* 2, *n.* 1276.

Nello stesso termine si prescrive egualmente l'azione del tutore per far ricevere il suo conto; art. 398 (-475-), 624 leggi di proc. civ. (-541 *cod. di proc. franc.* -).

9. L'azione per far annullare qualunque convenzione fra il tutore ed il minore divenuto maggiore, non preceduta dal rendiconto e dalle consegne de' documenti giustificativi; art. 395 e 1258 (-472 *e* 1304-). Vedi Toullier, *tom.* 2, *n.* 1278.

10. L'azione della insolidanza si prescrive a danno del creditore, quando pel corso di anni dieci abbia ricevuto separatamente e senza riserva la parte di uno de' debitori solidali; art. 1165 (-1212-).

11. L'inscrizione de'privilegii e delle ipoteche si prescrive in dieci anni se non è rinnovata, e questa prescrizione è applicabile tanto alle inscrizioni de' privilegii fatti ad oggetto d'impedire la liberazione delle ipoteche, quanto alle inscrizioni prese di uffizio dal conservatore, sia nell'interesse de' particolari, che dello Stato; art. 2048 e 2094 (-2154 *e* 2194-).

Sezione IV.

Di alcune particolari prescrizioni.

Disposizioni del dritto romano sul proposito.

§. 273. Il dritto romano riconosceva diverse specie di prescrizioni particolari, che possono ridursi alle seguenti:

1. La prescrizione immemorabile, come risulta

dalle leggi 28 *ff. de praescript.*, 2 *ff. de aqua pluv. arced.*, e 3 *ff. de aqu. quotid.*

Questa specie di prescrizione tenea luogo del titolo non solo, ma anche della legge.

2. La prescrizione centenaria, come risulta dalla legge 23 *ff. de sacrosant. eccl.*, e dalla novella 131. Questa specie di prescrizione si applicava sempre a'beni della Chiesa principalissima di Roma, come risulta dalla legge 16 *ff. de sacros. eccles.* e dalle decretali.

3. La prescrizione di sessant'anni. Questa avea luogo ne' feudi, come insegna Dumolin col suo trattato *de feudis.*

4. La prescrizione di anni quaranta. Questa prescrizione è stata introdotta dall'imperatore Anastasio colla legge 4 *cod. de praescript. trig. vel quadrag. ann.*, colla quale si è di disposto che i dritti e le azioni, che non si trovavano fissate dalle leggi precedenti, si prescriveano col decorso di anni quaranta, senza distinzione tra dritti appartenenti al pubblico e dritti appartenenti al privato, e senza riguardo all'indole di tali dritti, allo stato ed alla qualità della persona.

Diverse leggi in seguito han dato speciali applicazioni a questa prescrizione, com'è da vedersi nella legge 11 *cod. de fund. patr.*, e novella 131.

5. La prescrizione di anni venti. Questa era applicabile a' delitti, a' termini delle leggi 12 *ff. ad leg. Cornel. de falsis, e* 3 *ff. de requir. vel absent. damnandis.*

6. La prescrizione di anni quindici. Quest'avea luogo in beneficio degli architetti ed intraprenditori degli edifizii pubblici per discaricarsi della garentia delle opere fatte o dirette, come risulta dalla legge 8 *cod. de oper. public.*

7. La prescrizione di cinque anni. Questa pre-

scrizione avea luogo per gli affitti e per le azioni rescissorie delle vendite del minore, fatte senza il decreto del giudice, per l' inofficiosità de' testamenti, per la separazione de' patrimonii. *L.* 3 *cod. si maior fact.* Vedi Merlin, alla voce *prescription, sez.* 2, §. 8.

8. La prescrizione di anni quattro. Erano soggette a questa prescrizione le alienazioni de' beni altrui fatte dal Principe senza reclamo del proprietario; gli acquisti de' beni vacanti, allorchè il principe non avea curato prenderne possesso dopo il quadriennio dal dì della rinunzia *LL.* 23 *cod. de quadrien. praescript., ult. cod. si advers. fiscum, e* 1 *ff. de iure fisci.*

9. La prescrizione di anni tre. Si prescrivea in tre anni la facoltà che avea l'erede di ripudiare la successione del padre dopo averla accettata anche in età maggiore. Vedi merlin alla voce *héritier, sez.* 2, §. 2, *n.* 3 *e* 4. La proprietà de' mobili corporali. *L. un. cod. de usucap. trasfor.*

10. La prescrizione biennale. Si prescrivea col biennio l'azione di prescrizione a causa di dolo; *l. ult. cod. de dolo.* L' eccezione *non numerata pecunia.* Vedi Merlin alla voce *prescription d' argent non compt.* La rescissione della vendita per causa di lesione.

11. La prescrizione annale. Questa prescrizione avea luogo nelle azioni possessorie, com' è da vedersi nel digesto, titolo *de interdictis.*

Di alcune particolari prescrizioni per dritto francese e vigente.

§. 274. Le nuove leggi hanno abolito le prescrizioni enunciate co' muneri 1, 2, 3, 4 e 6 del paragrafo precedente. Esse non riconoscono che 1. le prescrizioni di sei mesi; 2. le prescrizioni annali; 3. le biennali; 4. le quinquennali.

È applicabile la prescrizione di sei mesi

1. Alle azioni de'maestri ed institutori di scienze ed arti per le lezioni che danno a mese.

2. Alle azioni degli osti e de' trattori per l'alloggiamento e cibi che somministrano.

3. Alle azioni de'domestici stipendiati a mese, degli operai e de' giornalieri pel pagamento delle loro giornate, de' loro salarii e delle somministrazioni loro dovute.

4. Alle azioni di nullità di matrimonio per difetto dell'età fissata dalla legge; art. 152 (- 144 -).

5. Alle azioni d'impugnare il matrimonio per causa di errore sulla persona, art. 180 *cod franc.*, mentre per nuova legge tale azione non può esperimentarsi che innanzi all' autorità ecclesiastica.

La prescrizione di un anno ha luogo

1. Alle azioni de' medici, chirurgi e speziali per le loro visite, operazioni e medicamenti.

2. A quelle degli uscieri per la mercede degli atti che notificano e delle commissioni ch' eseguono.

3. A quelle de' mercanti, per le merci che vendono a' particolari non mercanti.

4. A quelle de' maestri che tengono in casa gli alunni pel prezzo della pensione che ne riscuotono; e degli altri maestri pel prezzo della istruzione.

5. A quelle de' domestici stipendiati ad anno per lo pagamento del salario.

6. Alle azioni possessorie; art. 127 leg. di proc. civile. (- 23 *cod. di proc. francese* -).

7. All'azione che compete al proprietario per reclamare una parte considerevole del suo fondo svelto per forza istantanea di un fiume o di una riviera; art. 484 (- 559 -).

8. All' azione di nullità del matrimonio per

mancanza del consenso del padre, della madre, degli ascendenti e del Consiglio di famiglia; art. 163, 164 e 174 (-148, 149, 150, 160, 182 e 183-).

9. All'azione di rivocazione di una donazione fondata sulla ingratitudine; art. 882 (-957-).

10. All'azione di supplimento o diminuzione di prezzo nella vendita; art. 1468 (-1622-).

Si prescriveano coll'elasso di due anni

1. Le azioni degli uscieri per gli atti di cui sono stati incaricati dell'esecuzione.

2. Le azioni de' patrocinatori pel pagamento delle loro spese e salarii, dovendosi i due anni computare per gli uscieri dall'esecuzione loro commessa e dalla notificazione degli atti, e per i patrocinatori dalla decisione della lite, o dalla conciliazione delle parti, o dalla rivocazione del mandato per gli affari terminati.

3. L'azione di rescissione per causa di lesione; art. 1520 e 1522 (-1674 e 1676-).

È però da notarsi relativamente alle azioni degli uscieri e de' patrocinatori che, quantunque siano continuate le somministrazioni, le consegne a credenza, i servigii ed i lavori, la prescrizione continua a decorrere, nè cessa di decorrere se non quando vi sia stato un conto aggiustato, una polizza o chirografo, o una citazione giudiziale non perenta; e che tali prescrizioni siccome fondano esclusivamente sulla presunzione del pagamento, così può deferirsi il giuramento a coloro cui tali prescrizioni vengono opposte; a' loro eredi ed aventi causa, quando anche fossero minori per mezzo del loro tutore, per dichiarare se la cosa è dovuta e se il pagamento è seguito; art. 2180 e 2181 (-2274 e 2275-).

Si prescrivono coll'elasso del quinquennnio

1. Le azioni del rendiconto contro i giudici patrocinatori per le carte relative alle liti.

*

2. Le annualità delle rendite perpetue o vitalizie.

3. Le pensioni alimentarie.

4. Le pigioni delle case ed i fitti de'beni rustici.

5. Gl'interessi delle somme pagate e generalmente tutto ciò ch'è pagabile ad anno, o a termini periodici più brevi; e tali prescrizioni decorrono anche contro i minori e gl'interdetti, salvo il regresso contro i tutori; art. 2183 e 2184 (-2277 *e* 2278-).

6. Le domande de' patrocinatori per le spese ed onorarii relativamente agli affari de'quali sono stati incaricati, quante volte non fossero ancora terminate.

7. L'azione di garentia della solvibilità del debitore di una rendita tra coeredi; art. 804 ed 806 (-884 *ed* 886-).

Riguardo a' mobili le nuove leggi, allontanandosi dal disposto del dritto romano, non accordano azione possessoria a coloro i quali ne fossero turbati; ma stabiliscono in vece la massima che il possesso vale per titolo, essendosi riflettuto all'impossibilità di verificare la identità delle cose mobili e di seguirle nella loro circolazione.

Questa regola non è però applicabile

1. Al proprietario ch'esercitando il dritto consessogli dall'articolo 1971 (-2102-) volesse impossessarsi o rivendicare i mobili che guarniscono la casa o il fondo locato.

2. Al venditore di mobili non pagati; articoli sopra citati.

3. A' crediti giustificati da titoli ed alle azioni mobiliari che non possono trasferirsi che per iscritto. Vedi Bigot-Preameneau, *esposizione dei motivi.*

4. In caso di perdita o di furto, ne'quali casi compete al proprietario l'azione di rivendicazione e dell'indennizzo fra anni tre, salvo al possessore il regresso contro colui dal quale l'abbia ricevuta. Benvero, se l'attuale possessore della cosa rubata o perduta l'abbia comprata in una fiera o mercato, ovvero in una occasione di una vendita pubblica, o da un mercante venditore di simili cose, il padrone originario non può farsela restituire se non rimborsando al possessore il prezzo che gli è costata; art. 2185 e 2186 (-2279 e 2280-).

Indipendentemente dalle prescrizioni sopra enunciate, molte altre prescrizioni particolari vengono disposte dalle leggi di eccezioni per gli affari di commercio e dalle leggi di procedura penale, che non formano oggetto del nostro disame.

Sezione V.

Delle prescrizioni incominciate, ma non compite sotto l'impero dell'antica legge.

Disposizione transitoria.

§. 275. La prescrizione è una di quelle istituzioni benefiche e salutari sulle quali riposa la tranquillità di tutti e di ciascuno; quella delle famiglie e dell'ordine sociale; essa è il palladio della proprietà, in modo che se un possesso accompagnato da tutt' i caratteri che debbono distinguerlo non fosse un mezzo di acquistare la proprietà, mancherebbe di salvaguardia, o piuttosto non vi sarebbe più proprietà. Ma in un cangiamento di legislazione, la legge antica, non potendo subito sparire, conserva tuttavia il suo impero sopra molti dritti che non possono essere dalla legge nuova colpiti; e questa considerazione del più grande interesse sociale ha

determinato i novelli legislatori a stabilire il principio di non retroattività coll' articolo 2187 (-2281-), col quale si stabilisce che le prescrizioni incominciate sotto l' impero delle antiche leggi, debbono regolarsi in quanto alla loro durata uniformemente a' principii stabiliti dalle leggi medesime.

Era però necessario di fissare il punto preciso in cui i dritti eventuali nascenti da una prescrizione incominciata dipender dovessero da una legge sola, rientrando nel nulla quella che vide nascere il dritto, ed a ciò si è provveduto colla disposizione contenuta nella seconda parte dell' articolo 2187 (-2281-), che restringe a soli trent' anni la durata delle prescrizioni, che secondo le leggi anteriori richiedeano un tempo maggiore.

Con questa disposizione transitoria può ben dirsi che la prescrizione compie lo scopo salutare che si propone la legge civile, di assicurare cioè la pace delle famiglie e la certezza del dritto di proprietà; e se ciò malgrado la mala fede abusasse tuttora per coprire una usurpazione od un furto, si avrà ragione di ripetere con Bigot-Preameneau, che *la morale è per la virtù, mentre la legge è per la pace.*

Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente al tempo necessario per prescrivere.

§. 276. Presso di noi era in vigore il dritto romano anche per ciò che riflette il tempo necessario per prescrivere. È pero d' avvertirsi

1. Che in forza della costituzione *duram et divam* di Federico II richiedeasi il termine di anni quaranta per prescriversi le divisioni tra fratelli.

2. Che per effetto della costituzione *quadragenalem*, le cose fiscali e patrimoniali del Princi-

pe si prescriveano col decorso di cento anni, e per effetto della grazia di Carlo VI, impartita nel 1720, non eravi necessario nè anche un titolo valido per tal prescrizione.

3. Che i beni della Chiesa soggetti prima alla prescrizione centenaria, giusta la legge 21 *cod. de sacros. eccles.*, e quindi ridotti alla prescrizione quadragenale colle novelle 111 e 131 del imperator Giustiniano, era applicabile a'soli beni stabili delle Chiese, non a quelli della Chiesa principalissima di Roma, per effetto di una disposizione contenuta nel capitolo 8 *de praescriptionibus* adottato nel nostro regno.

4. Che nel corso di quarant' anni si prescriveano ancora i beni de'luoghi pii delle città e delle università, giusta la legge 21 *cod. de sacros. eccles.*, e la novella 131 *de temporalibus*.

5. Che, finalmente, era presso di noi in vigore anche la prescrizione immemorabile, per la quale non solo non eravi bisogno di titolo, ma non doveasi nè anche dimostrare il principio del possesso. Vedi il Cardinal de Luca, *de iud.*, *discorso* 21, *n.* 23.

LEZIONE SEDICESIMA.

Dell' arresto personale in materia civile.

Dell' arresto personale per dritto romano.

§. 277. Uno de'più forti ed efficaci mezzi per garentire l' osservanza delle convenzioni si è l' arresto di colui che non ha osservato le sue promesse, mezzo doloroso, ma infelicemente necessario per garentire la buona fede che dà vita a tutt' i contratti.

I romani, comunque governati da una costituzione che mostrava proteggere la libertà individuale, usi a vivere in mezzo a'combattimenti, non vedeano negli affari civili che militari esecuzioni e quindi trattavano i loro debitori come vinti che ridurre poteano in ischiavitù, caricare di ferri, e spogliare anche della vita (1).

Il creditore che avea accordato al debitore una una dilazione di giorni trenta dopo la condanna e la confessione del debito, avea dopo tal termine la facoltà di arrestarlo e condurlo innanzi al pretore; se niuno si rendesse suo mallevadore, il pretore accordava al creditore il dritto di tenerlo ne' ferri finchè non avesse pagato; e se l' infelice debitore era insolvibile a più creditori, poteano costoro dopo alcune formalità mandarlo a morte e segarlo in pezzi (2).

---

(1) Vedi Bigot-Preameneau, *esposizione de'motivi*, *n.* 100, e Tito Livio, *decade* 1, *lib.* 1.

(2) La barbarie di vendere il debitore insolvibile, schiavo del creditore, non è stata ispirata dalle sole leggi delle dodici tavole. Questa inumana istituzione ha avuto vigore presso la maggior parte de' popoli dell' antichità. Gli ateniesi, per quel che ce ne dice Plutarco nella vita di Solone, l' aveano adottata; ed i germani, per quel che ce ne dice Tacito, *de moribus Germanorum*, l' adottarono anch' essi, malgrado il loro trasporto per la libertà. Ma non si ritrova che nelle sole leggi delle dodici tavole legittimato l' atto più atroce che l' umana ferocia abbia potuto inventare. Se vi sono più creditori, dicono esse, questi tagliano in pezzi il debitore. S' essi tagliano più o meno, questo si faccia senza frode. Se loro piace, lo vendano al di là del tevere. *At si plures erunt rei* (queste sono le espresse parole della legge) *tertiis nundinis partes secanto. Si plus minusve secuerint, sine fraude esto. Si volent ultra Tiberim peregre venumdanto.*

Binchersoeck, seguito da molti altri giureconsulti, ha

Questo dritto barbaro de' creditori e le mostruose usure con cui i patrizii opprimeano i plebei diedero luogo alle tante guerre intestine, che lacerarono la repubblica romana per lo corso di 460 anni circa; ma, finalmente, allorchè un vecchio soldato di cui ci parla Livio, carco di catene, si precipitò a'piedi di Servilio trionfatore de'Volsci, mostrando al popolo le onorate cicatrici delle ferite riportate in venticinque combattimenti, e gl'impronti de'colpi di verghe di cui l'avea coverto il suo crudele creditore, il dritto di menare a morte il debitore fu abolito ed i debitori poteano in vece essere ridotti in ischiavitù sotto il nome di *nexi* sino al pagamento de' loro debiti.

Questo nuovo dritto rimase in vigore sino ai tempi di Augusto, il quale indrodusse il beneficio della cessione in favore del debitore insolvibile per garentire la sua libertà individuale dalla persecuzione de' suoi creditori, come si è osservato col tomo 4, *lezione prima*, §. 60; ma questo beneficio non competea indistintamente ad ogni debitore, e finchè non se ne fosse invocato il favore, in mancanza di stipulazione l'arresto personale era supplito dalla legge, ma per un rescritto degli imperatori Diocleziano e Massimiano il debitore arrestato non potea essere ritenuto in una prigione privata, nè era nell'obbligo di servire il creditore fi-

---

sostenuto che questa legge non dovea essere interpetrata alla lettera, ma Quintiliano, *istituzioni oratorie*, *lib.* 13, *cap*, 6, Aulo Gellio, *notti attiche*, *lib.* 2, *cap.* 1, Tertulliano, *apolog.*, *cap.* 4, ci assicurano che la legge citata non contiene la menoma allegoria, e che tutti gli antichi scrittori han preso il senso di questa legge nel suo significato naturale. Vedi Filangieri, *scienza della legislazione*, *tom.* 1, *cap.* 4.

no all'estinzione del debito. *LL.* 12 *cod. de obligat. et act.*, *e* 1 *cod. de ces. bonor.* (1).

Dell' arresto personale per dritto del regno pria del 1809.

§. 278. Presso di noi l'asprezza del dritto romano era stata mitigata dalla giurisprudenza del foro e quindi il debitore privo di contanti potea offrire a' di lui creditori in pagamento i suoi beni immobili a giusta stima, a' termini della novella 4, *cap.* 3, dell' imperatore Giustiniano, nè poteasi arrestare che nell'assoluta mancanza de' beni. Vedi Moro, *pratica civile*, *tom.* 3, *cap.* 40, e Ricci *pratica civile*, *parte* 2, *tit.* 5. *cap.* 1.

Ciò non pertanto, alcune scritture privilegiate accordavano al creditore il dritto di poter arrestare il debitore senz'attendere alla preventiva escussione de'beni, e tale privilegio era annesso 1. alle *penes-acta*; 2. alle lettere di cambio; 3. alle polizze bancali.

Col tomo 4, *lezione* 1, §. 84, abbiamo esposto le formalità di tali scritture per potere produrre quella che chiamasi esecuzione parata in giudizio, ed accordare al creditore il dritto di poterla eseguire realmente e personalmente.

Qui solamente osserviamo che se il debitore in un pubblico istrumento avesse convenuto l' arresto personale, ciò non per tanto non si eseguiva che *realiter tantum*, nè poteasi eseguire personalmente se non nell' assoluta mancanza di beni. Vedi Moro e Ricci luoghi sopra citati.

Una prammatica poi del 3 Aprile 1748 ordinava che, scorsi quaranta giorni di carcere, il

(1) Vedi le leggi citate col §. 177, non che Fabro *in cod.*, *lib.* 8, *tit.* 6, *definiz.* 7, *n.* 2.

creditore alimentare dovesse il suo debitore, al che mancando, il giudice era autorizzato a metterlo in libertà. Vedi Moro e Ricci, luoghi sopra citati (1).

Dell' arresto personale in materia civile per dritto francese.

§. 279. Il dritto fracese, guidato da' sentimenti generosi ed umani, volendo rispettare la libertà individuale senz' attendere alle conseguenze che ne sarebbero indi derivate, funeste al vivere sociale, avea fatto prevalere l'opinione che la legge non dovesse mai autorizzare l' arresto personale di un cittadino: ma subito che le tempeste rivoluzionarie furono per poco sedate, si conobbe che questa misura tendea a dar libero il campo alla mala fede in un tempo in cui il bosogno di domarla diveniva più pressante.

Montesquieu, guidato da principii astratti, avea detto che nelle sole convenzioni derivanti dal commercio la legge autorizzar potesse l'arresto personale in grazia dell' utilità pubblica, e che negli affari civili ordinarii non potesse ciò permettersi per riguardi dovuti alla libertà del cittadino; ma Plutarco, citato da Montesquieu, osserva che prima di Solone era lecito in Atene di privare di libertà il debitore, ciò che dimostra che i riguardi per la libertà debbono cessare, quando il cittadino in disprezzo della buona fede trascura di adempiere le obbligazioni contratte, e di restituire le somme prestate.

Guidato da questi sentimenti il legislatore francese stabilì per regola generale che l' arresto personale non potesse aver luogo se non in forza

---

(1) Vedi l' annotatore di Delvincourt, tom. 9, *pag.* 111 *a* 118.

di una sentenza, o per espressa autorizzazione di legge, e quindi classifica 1. i casi ne' quali l'arresto può aver luogo per disposizione di legge; 2. i casi ne' quali può aver luogo per convenzione delle parti; 3. le persone contro le quali l'arresto non può essere ordinato.

L'arresto personale nelle materie civili potea aver luogo

1. Per causa di stellionato (1).
2. Pel deposito necessario.
3. Nel caso di reintegrazione in possesso pel rilascio giudizialmente ordinato di un fondo, il

---

(1) Nel digesto sotto il titolo *stellionatus*, *lib.* 47, *tit.* 12, e nel codice sotto l'istesso titolo, i romani chiamavano col nome di stellionato ogni fallacia, dissimulazione, od impostura, praticata in altrui danno, e la punivano con pena straordinaria, come dalle leggi 3 e 4 *cod.* di tal titolo; ma lo stellionato era considerato come un delitto infamante, come risulta dalla legge 13 *ff. de hiis qui notant. infam.*, e quindi l'arresto di colui ch' era colpevole di tal delitto mal potrebbe caratterizzarsi come un mezzo coercitivo, tendente ad ottenere l'adempimento delle obbligazioni contratte, com' è l'arresto personale in materia civile.

Lo stellionato poi trasse il suo nome da una sorta di lucertola notevole per la sua sottigliezza, e per la varietà de' suoi colori che i romani chiamavano *stellio*, come ci assicura Plinio, *istoria naturale*, *lib.* 30, *cap.* 10, e che noi chiamiamo *tarantola*. Vedi Antonio Mattei, *de criminib.*, *lib.* 47, *tit.* 13.

Avea luogo poi questo delitto 1. quando taluno avesse scientemente dato in pegno le cose altrui; 2. quando avesse alienato le cose prima date in pegno; 3. quando avesse sostituito maliziosamente una cosa diversa; 4. finalmente, in tutt'i casi in cui si commettea dolosamente una frode in altrui danno, non avesse potuto essere caratterizzata con un nome particolare. Vedi le leggi 3, *ultim. e penult. ff. stellionat.*, non che le leggi 16 e 36 *ff. de pignorat. act.*, e 29 *ff. mand.*

di cui proprietario fu spogliato con via di fatto, per la restituzione de' frutti percepiti durante l'indebito possesso, e pel pagamento de' danni ed interessi aggiudicati al proprietario.

4. Per la ripetizione del danaro consegnato a persona pubblica a ciò destinata.

5. Per la presentazione delle cose depositate presso i sequestratarii, commissarii ed altri custodi.

6. Contro i fideiussori giudiziarii e contro i fideiussori de' debitori che possono essere costretti al pagamento coll'arresto personale, quando però tali fideiussori siansi a ciò sottoposti.

7. Contro tutt' i pubblici ufiziali per la presentazione delle loro minute, allorchè viene ordinata.

8. Contro i notai, patrocinatori ed uscieri per la restituzione de' documenti ad essi affidati e del danaro ricevuto per i clienti in conseguenza delle loro funzioni.

9. Contro coloro che condannati a rilasciare un fondo con una sentenza profferita in petitorio e passata in giudicato, ricusassero di ubbidire; nel qual caso dopo l' elasso di altri giorni quindici, dietro l' intimazione della prima sentenza, potranno con una seconda sentenza essere condannati all' arresto; *art.* 2059, 2060 *e* 2061 *codice francese*.

10. Contro i conduttori ed i coloni parziali che al termine dell' affitto non volessero rassegnare il bestiame loro dato a soccio, non che le sementi e gl' istrumenti aratorii loro affidati, purchè non provassero che la mancanza di tali effetti non derivasse dal loro fatto e dalla loro colpa; *art.* 2062 *codice francese*.

L' arresto personale non può mai aver luogo per convenzione delle parti, meno che contro il fittaiuolo pel pagamento de' fitti de' beni rustici, facendosi una eccezione alla regola generale per l' interesse dell' agricoltura.

I casi ne' quali non può ordinarsi l'arresto personale sono

1. Contro i minori.

2. Contro i settuagenarii, le donne nubili e le maritate, fuorchè per causa di stellionato, ma anche in questo caso l'arresto non ha luogo contro le donne maritate se non quando posseggono taluni beni, de' quali si è loro riserbata la libera amministrazione, o quando sieno state giudiziariamente separate di beni.

3. Per una somma minore di trecento lire; *art.* 2064, 2065 *e* 2066 *cod. francese.*

Finalmente, la legge dispone che anche ne' casi in cui l'arresto è autorizzato dalla legge non possa esser eseguìto se non in forza di una sentenza; che l'appello non sospende l'arresto ordinato con sentenza provvisionalmente eseguibile, previa cauzione; che, in fine, in materia civile l'esecuzione reale e personale possono essere cumulate; *art.* 2067, 2068 *e* 2069 *cod. francese.*

Con tali disposizioni, allontanandosi ogni arbitrio alle erronee interpetrazioni delle parti, il debitore si assicura che il sacrifizio della perdita della sua libertà non è dovuto che alla legge e ad una decisione espressa da' suoi organi, e che in caso di abberrazione per parte de' primi giudici, egli, trionfando in appello, può essere indennizzato de' danni che gli cagiona l'arresto; ma poichè l'arresto non è che una misura coercitiva ed accessoria alla principale obbligazione che contrae il debitore di adempire co' suoi beni agl' impegni contratti, l'arresto non può sospendere, nè impedire l'esecuzione reale.

§. 280. Le nuove leggi per lo regno delle due Sicilie, considerando l'arresto come un mezzo atto a favorire il commercio e la circolazione del danaro, specialmente per la classe industriosa de' pastori, degli agricoltori e degli artigiani, che abbisognano di qualche capitale, han permesso che l'arresto personale negli affari civili potesse convenirsi per qualunque debito; che in alcuni casi dovesse il giudice indispensabilmente ordinarlo anche indipendentemente da qualunque convenzione; che in alcuni altri potesse ordinarlo valutate le circostanze del fatto secondo il suo prudente arbitrio. Quindi, per disposizione delle nuove leggi, l'arresto può essere ordinato

1. Per effetto della convenzione delle parti;
2. Per espressa disposizione di legge;
3. Per sola permissione di legge.

La facoltà illimitata di convenirsi l'arresto personale per qualunque debito e tra qualsivogliano persone è soggetta alle seguenti eccezioni:

1. È vietato convenirsi l'arresto tra ascendenti e discendenti, tra fratelli e sorelle, tra zii e nipoti, e tra coniugi; art. 1932.

2. È vietato parimenti in danno delle donne; art. citato.

3. È vietato, in fine, per debiti di una somma minore di docati venti, tranne il caso in cui il debito dipendesse d'affitti di fondi rustici od urbani; art. 1932 e 1933.

L'arresto personale poi ha luogo per disposizione di legge indipendentemente da ogni convenzione, sia in odio della condotta del debitore, sia per assicurare l'esecuzione de' decreti del magistrato, sia per conservare la fede de' contratti stipulati cogli agenti del Governo.

In odio della condotta del debitore, la legge pronunzia l' arresto ne' seguenti casi :

1. Contro colui che vende o ipoteca un immobile, sapendo di non esserne il proprietario ; o che asserisce come liberi i beni già sottoposti ad ipoteche, o ad altre soggezioni ; o dichiara ipoteche minori di quelle alle quali i beni sono soggetti.

2. Pel deposito, sia necessario, sia volontario.

3. Pel rilascio giudizialmente ordinato di un fondo, il cui proprietario fu spogliato per via di fatto ; per la restituzione de' frutti raccolti durante l' indebito possesso ; e per lo pagamento de' danni ed interessi aggiudicati al proprietario, dopo che ne sarà seguìta la liquidazione.

4. Per la restituzione del danaro consegnato a persona pubblica a ciò destinata.

5. Per la esibizione delle cose depositate presso i consegnatarii, commessarii ed altri custodi.

6. Contro i fideiussori giudiziarii : ogni altro fideiussore, anche di debitori che possono essere astretti all' arresto personale, non vi sarà soggetto se non quando siavisi espressamente sottoposto.

7. Contro tutti i pubblici uffiziali, quando ricusino di dare la spedizione di un atto richiesto dalle parti interessate, o da' loro rappresentanti o aventi causa.

8. Contro i notai, patrocinatori ed uscieri per la restituzione de' documenti ad essi affidati e del danaro ricevuto per conto de' loro clienti in conseguenza delle proprie funzioni.

9. Contro gl' incantatori a voto per lo pagamento del prezzo offerto.

10. Contro il debitore cui siasi sequestrato l'immobile, quando non ne rilasci il possesso subito dopo la notificazione della sentenza di aggiudicazione.

11. Contro il debitore cui siesi sequestrato l'immobile per causa di danni ed interessi risultanti da deteriorazioni da lui fatte dopo l'epoca della denunzia del sequestro.

12. Finalmente, contro lo straniero non domiciliato in regno, per causa di condanna ottenuta contro di lui, quando lo straniero non abbia in regno uno stabilimento di commercio, o beni immobili sufficienti ad assicurare il debito, o non dia malleveria a'termini dell'articolo 18; art. 1934.

In tutt'i casi sopra enunciati la legge pronunzia l'arresto contro del debitore che riconosce colpevole di dolo nel mancare agl' impegni contratti, poichè lo stellionatario, il depositario infedele, colui che disubbidisce all'autorità della giustizia, l'agente del Governo destinato al deposito de' pubblici danari che ricusa di restituirlo, e finalmente tutti gli altri designati dal numero 6 a 12, non sono che delinquenti che tradiscono la fede pubblica, e cercano dolosamente di tendere insidie all' altrui probità, o disubbidiscono all'autorità de' magistrati che sono gli organi della legge. Che anzi la legge cogli articoli 2022 e 2023 considera come stellionatarii:

1. I mariti ed i tutori che avendo omesso di chiedere e di far eseguire le inscrizioni a favore delle mogli e de' minori, consentano di costituirsi taluni de' privilegii ed ipoteche sopra i beni immobili senza dichiarare l'ipoteca legale cui sono soggetti:

2. Il coerede, il quale mette in collazione l'immobile ricevuto dal defunto, tacendo a' suoi coeredi i privilegii e le ipoteche costituite col suo consenso:

3. L'erede che chiedendo la quota di riserba imputi gl' immobili a lui donati dal defunto facendo la medesima reticenza:

4. L'erede che ipotechi fondi ereditarii entro i sei mesi dal dì che si è aperta la successione:

5. Il donatario che ipotechi l' immobile donatogli sotto condizione, tacendo la qualità del dono:

6. Il donatario, il quale, ipotecando un fondo, non avverta che gli pervenne per donazione, allor quando questa si rivoca per sopravvenienza de' figli del donante:

7. Colui ch' essendo un semplice usufruttuario, ipoteca il fondo, facendo intendere che la proprietà gli sia stata data per una sostituzione che la legge non riconosce:

8. Il marito che ipoteca il fondo avuto in dote con istima, senza la dichiarazione di trasferirsene in lui la proprietà:

9. Il coerede che, tacendo la sua qualità ipotechi l'immobile che poi soggiacerà a rimborso, sia per evizione pattuita da uno de' coeredi, sia per compensazione o pareggiamento di quote:

10. Colui che avendo sull'immobile un dritto sospeso da una condizione, o soggetto ad essere risoluto o rescisso, contragga un'ipoteca senza sommetterla alle medesime condizioni, o alla stessa rescissione; art. 762, 789, 798, 879, 885, 944, 1365, 1972 n. 3, 2011, 2022 e 2023.

In tutt'i casi espressi co'soprascritti numeri, la legge osserva un dolo per parte de' debitori ed una specie di delitto, per cui stabilisce una via di rigore che non può essere applaudita abbastanza, ordinando l' arresto per la maggior sicurezza del creditore. Questo serve di freno per mantenere la tranquillità pubblica e per prevenire gl' insulti che si fanno all'altrui proprietà, pe' quali non sarebbe sufficiente un'azione civile ordinaria senza l'arresto personale.

Essendosi considerato dal legislatore che in ta-

luni casi il dolo non è manifestato, ma che può desumersi dalle circostanze di fatto che variar possono in mille rincontri, la legge ha permesso che il giudice possa, secondo il suo prudente arbitrio, ordinare o negare l'arresto ne' seguenti casi:

1. Contro i fittaiuoli ed i coloni parziarii, se in fine dell' affitto non rassegnino il bestiame dato loro a soccio, le sementi e gl'istrumenti aratorii, che sono stati loro affidati, purchè non provino che la mancanza di tali cose non deriva dal fatto loro.

2. Contro colui che, tenuto a dar conto, manca di esibirlo. In questo caso l' arresto personale avrà luogo sino alla concorrenza di una somma che il tribunale determinerà col prudente arbitrio:

3. Per danni ed interessi liquidati:

4. Per residui di conti di tutela, cura, amministrazione di corpi e comunità, stabilimenti pubblici, e di ogni altra amministrazione confidata giuridicamente, e per ogni restituzione da farsi in seguito di detti conti.

I giudici potranno ne' casi contenuti ne' due numeri precedenti, nel pronunziare l' arresto, ordinare che se ne sospenda l' esecuzione per un tempo ch' essi fisseranno, scorso il quale l' arresto sarà eseguito senza nuova sentenza. Tale sospensione sarà ordinata colla stessa sentenza di condanna, e dovrà enunciare i motivi di sì fatta dilazione.

5. Per lo pagamento dell' ammenda de' danni ed interessi, ed anche dell' ammontare principale del debito, contro colui che ha negato un documento, allorchè la sua negativa sarà giudicata mal fondata.

6. Contro coloro che con una sentenza profferita in petitorio e passata in giudicato, sono stati condannati a rilasciare un fondo, e che ricusino di

ubbidire. In tal caso l'arresto avrà luogo in virtù di una seconda sentenza; art. 1935 (1).

---

(1) Non ha guari si è promossa nelle camere di Francia la quistione, se dovessero conservarsi le disposizioni sanzionate co' codici civili e di commercio relativamente all'arresto personale. Dotti ed eloquenti giureconsulti sostennero che la coazione personale dovesse essere rimossa come contraria alla legge divina, alla legge di natura, alla legge morale ed al dritto pubblico, poichè, essi diceano, « l'utilità delle » istituzioni non può essere giustificata che per la loro onestà, e la coazione personale è contraria alla morale ed » alla religione, contrista l'umanità, ed è un attentato contro la volontà divina che ha creato l' uomo libero.

» Non è necessaria al commercio, poichè il commercio il quale incivilisce ogni cosa, non ha d' uopo per la » sua sicurezza di ricorrere a que' mezzi che ricordano la » più grande barbarie; e sarebbe un oltraggio alla lealtà » di coloro i quali esercitano quest'utile professione, il supporre che la coazione personale possa essere la garentia indispensabile della buona fede per l'adempimento degli obblighi assunti in commercio. »

In fine, in materia civile non esiste un motivo per astringere all'adempimento di certe obbligazioni col mezzo della coazione personale. Se in taluni casi viene esercitata, si è quando la condotta del debitore prende il carattere di un delitto qualificato, come nello stellionato, o nel ricusare la restituzione del deposito necessario; ma in questa ipotesi sarebbe più esemplare se l'arresto venisse pronunziato in luogo di pena ed il fatto venisse allegato fra' delitti.

Ad avvalorare queste altre ragioni dettate dal più caldo sentimento di filantropia non mancarono patetiche considerazioni ed apostrofi dirette ad esagerare i mali di questa misura coercitiva, poichè le prigioni di S. Pelagio offrivano infiniti esempii di disgraziati debitori e che languivano da venti e più anni nelle prigioni per non aver mezzi come pagare i debiti contratti, ma ciò non pertanto le camere di Francia ritennero l'arresto personale, se non che con legge del 17 Aprile 1832, *art.* 4 *ad* 8, disposero quanto segue:

» Art. 4. L'arresto personale in materia di commercio

Per tutt' altro le disposizioni del codice fransono state ritenute come dagli articoli 1936 a 1940.

» non potrà essere pronunziato contro a'debitori che avranno » cominciato il settantesimo anno.

» Art. 5. La prigionia per debiti di commercio cesserà » di pieno dritto dopo di un anno, allorchè la condanna prin- » cipale non giungerà a cinquecento franchi. Dopo due anni, » quando non giungerà a mille franchi. Dopo tre anni, quando » non giungerà a tremila franchi. Dopo quattro anni, quando » non giungerà a cinquemila franchi. Dopo cinque anni, » quando sarà di cinquemila franchi al di sopra.

» Articolo 6. Cesserà parimenti di pieno dritto quel » giorno in cui il debitore avrà cominciato il settantesi- » mo anno.

» Art. 7. In tutt' i casi in cui l'arresto personale ha » luogo in materia civile ordinaria, la durata verrà sta- » bilita dalla sentenza, e non sarà che di un anno almeno » e di dieci anni al più.

» Nondimeno, se trattasi di fitti di fondi rustici, giu- » sta il caso preveduto dall' articolo 2062 *cod. civ.*, o di » esecuzione di condanna pronunziata in casi ne' quali la » coazione personale non è di dritto, e la legge attribuisce » solo al giudice la facoltà di pronunziarla, la sua durata » sarà di un anno almeno, di cinque anni al più. »

Noi facciamo voti, perchè le disposizioni degli articoli sopra trascritti venissero adottate nel nostro regno, ove, per disposizione dell' articolo 1932 leg. civ., l' arresto personale è permesso di convenirsi per ogni debito non minore di ducati venti. Se usandosi meno riguardo alla proprietà e riguardi maggiori alla libertà individuale, si abbolisse il dritto di domandare l'apprezzo che accorda a' debitori l' articolo 102 della legge del 29 Dicembre 1828, adottandosi gli articoli 4 a 7 della legge del 17 Aprile 1832 emanata in Francia, si risparmierebbero infinite frodi a danno de' creditori, l' umanità non verrebbe contristata alla vista di tante vessazioni, di cui i debitori sono spesso la vittima per effetto dell' ostinata vendetta e della insaziabile avarizia del creditore, e le obbligazioni verrebbero soddisfatte nel modo come si contraggono per trionfo della buona

na fede, mentre ora non vi ha via di mezzo tra la necessità di pattuire l'arresto personale per qualsivoglia specie di debito e la certezza di essere esposto al pericolo di dover acquistare fondi per un doppio valore di quel che non valgono, senza che il creditore avesse avuto mai voglia di farne l'acquisto. La celebrata filantropia dell'ottimo Principe che veglia a' nostri destini e la provvida mente dell'ottimo ministro di Grazia e Giustizia ci assicurano che i nostri voti saranno ben presto soddisfatti, poichè preintendiamo che si lavora nel ministero per la rettifica della legge di espropriazione.

FINE DEL TOMO V. ED ULTIMO DELLA PRIMA PARTE

A01 1464615

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE IN QUESTO TOMO QUINTO DELLE LEZIONI DI DRITTO CIVILE NOVISSIMO.

Continuazione del libro III delle leggi civili.

§. 1. Transizione e partizione della materia, che forma oggetto del presente volume. *pag.* 5

PARTE PRIMA.

De' contratti principali

LEZIONE PRIMA.

Della permuta.

§. 2. Della permuta per dritto romano. 6
§. 3. Della permuta per dritto francese e vigente. 8
§. 4. Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente alla permuta. 10

LEZIONE SECONDA.

Della vendita.

§. 5. Nozioni preliminari. 11

CAPITOLO I.

Della natura e della forma della vendita.

§. 6. Della natura e della forma del contratto di vendita per dritto romano. 12
§. 7. Della natura e della forma della vendita per dritto del regno pria del 1809. 16
§. 8. Della natura e della forma della vendita per dritto francese e vigente. ivi

§. 9. De' patti tra il compratore ed il venditore, non che della promessa di vendita per dritto romano. 19
§. 10. De' patti tra il compratore ed il venditore, non che della promessa di vendita per dritto francese e vigente. 21

CAPITOLO II.

Delle persone che possono comprare e vendere.

§. 11. Delle persone che possono comprare e vendere per dritto romano. 27
§. 12. Delle persone cui era vietato di comprare per dritto del regno pria del 1809. 28
§. 13. Delle persone che possono comprare e vendere per dritto francese e vigente. 29

CAPITOLO III.

Delle cose che possono vendersi.

§. 14. Delle cose che poteano vendersi per dritto romano. 31
§. 15. Disposizioni del dritto del regno pria del 1809 sul proposito. 33
§. 16. Delle cose che possono vendersi per dritto francese e vigente. 34

CAPITOLO IV.

Delle obbligazioni del venditore verso del compratore.

§. 17. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 35
§. 18. Delle obbligazioni del venditore verso del compratore per dritto francese e vigente. 39
§. 19. Della garentia per causa di evizione per dritto romano. 42
§. 20. Della garentia per causa di evizione per dritto francese e vigente. 44
§. 21. Della garentia pe' vizii della cosa venduta, o sia dell' azione redibitoria per dritto romano. 46

§. 22. Della garentia pe' vizii della cosa venduta, o sia dell' azione redibitoria per dritto francese e vigente. 47

CAPITOLO V.

Delle obbligazioni del compratore verso del venditore.

§. 23. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 49
§. 24. Delle obbligazioni del compratore per dritto francese e vigente. 50

CAPITOLO VI.

Della nullità e dello scioglimento della vendita.

§. 25. Nozioni preliminari. 53

SEZIONE I.

Del ritratto convenzionale o sia del dritto di ricompra.

§. 26. Del dritto di ricompra secondo il dritto romano. 54
§. 27. Del dritto di ricompra o sia del ritratto per dritto del regno pria del 1809. 56
§. 28. Della facoltà di ricompra per dritto francese e vigente. Termine nel quale può essere convenuta la ricompra. Natura di questo dritto. Da chi, e contro di chi può essere esercitato. Suoi effetti. ivi

SEZIONE II.

Della rescissione della vendita per causa di lesione.

§. 29. Disposizioni del dritto romano relativamente alla rescissione per causa di lesione. 61
§. 30. Dell' azione rescissoria per causa di lesione secondo le leggi del regno pria del 1809. 63
§. 31. Dell' azione rescissoria per causa di lesione per

dritto francese e vigente. Quale n' è la sua natura? Per quali cose, ed in quali casi è ammessibile? In che modo e contra chi può essere intentata? Quali ne sono gli effetti? 63

CAPITOLO VII.

Dell' incanto.

§. 32. Dell' incanto o sia della vendita mediante licitazione per dritto romano. 69
§. 33. Dell' incanto o sia della vendita mediante licitazione per dritto francese e vigente. 70

CAPITOLO VIII.

Di alcune specie particolari di contratti di vendita.

§. 34. Nozioni preliminari. 71

SEZIONE I.

Della vendita de' dritti incorporali personali.

§. 35. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 72
§. 36. Della cessione de' dritti personali incorporali per dritto francese e vigente. 73

SEZIONE II.

Della vendita o cessione de' dritti incorporali reali.

§. 37. Della vendita o cessione de' dritti incorporali reali per dritto romano. 76
§. 38. Della vendita o cessione de' dritti incorporali reali per dritto del regno pria del 1809. 77
§. 39. Della vendita o cessione de' dritti incorporali reali per dritto francese e vigente. 79

SEZIONE III.

Della vendita o cessione de' dritti misti.

§. 40. Della vendita o cessione de' dritti misti per dritto romano. ivi

§. 41. Della vendita de' dritti misti per dritto francese e vigente. 80

Sezione IV.

Della vendita o cessione de' dritti litigiosi.

§. 42. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 82
§. 43. Della cessione o vendita de' dritti litigiosi per dritto francese e vigente. 84

Sezione V.

Delle vendite giudiziali.

§. 44. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 86
§. 45. Delle vendite giudiziali per dritto francese e vigente. ivi

Sezione VI.

Delle vendite forzate.

§. 46. Disposizioni del dritto romano relativamente alle vendite forzate per utilità pubblica. 87
§. 47. Delle vendite forzate per motivi di utilità pubblica per dritto francese e vigente. ivi
§. 48. Delle vendite forzate de' beni del debitore fatte ad istanza de' suoi creditori per dritto romano. 88
§. 49. Della spropriazione forzata ad istanza de' creditori per dritto del regno pria del 1809. 90
§. 50. Della spropriazione forzata per parte de' creditori per dritto francese e vigente. ivi

LEZIONE TERZA.

Del contratto di locazione.

§. 51. Della natura e de' caratteri della locazione per dritto romano, patrio, francese e vigente. Partizione della materia. 94

Sezione III.

Regole particolari per le locazioni de' fondi rustici.

§. 63. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 117
§. 64. Delle regole particolari per le locazioni de'fondi rustici per dritto francese e vigente. 118

CAPITOLO III.

Della locazione delle opere e della industria.

§. 65. Teorie del dritto romano sulla locazione delle opere e della industria. 123
§. 66. Della locazione delle opere e della industria per dritto francese e vigente. 125

Sezione I.

Della locazione delle opere de' domestici e degli operai.

§. 67. Disposizioni del dritto romano sul proposito. ivi
§. 68. Della locazione delle opere de' domestici e degli operai per dritto francese e vigente. 126

Sezione II.

De' vetturali per terra e per acqua.

§. 69. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 157
§. 70. De' vetturali per terra e per acqua per dritto francese e vigente. ivi

Sezione III.

Degli appalti e de' cottimi.

§. 71. Teorie del dritto romano relativamente agli appalti ed a' cottimi. 128
§. 72. Degli appalti e de' cottimi per dritto francese e vigente. 130

LEZIONE QUARTA

Dell' Enfiteusi.

§. 81. Dell' origine della enfiteusi, sua natura, e sua forza per dritto romano. 144
§. 82. L' enfiteusi avea luogo per dritto francese? 146
§. 83. Dell'enfiteusi per dritto vigente; sua definizione, sua natura, e sua forma. 148
§. 84. Delle cose che potevansi dare in enfiteusi, e delle persone che potevano fare simili contratti per dritto romano. 152
§. 85. Delle cose che possono darsi in enfiteusi, e delle persone che possono fare simili contratti per dritto francese e vigente. 153
§. 86. De' dritti ed oblighi rispettivi del padrone diretto e del padrone utile per dritto romano. 154
§. 87. De' dritti ed oblighi del padrone diretto per disposizione delle leggi vigenti. 156
§. 88. De' dritti ed oblighi del padrone utile per disposizione delle leggi vigenti. 159
§. 89. Dell' estinzione delle rendite enfiteutiche per dritto romano. 162
§. 90. Dell' estinzione delle rendite enfiteutiche per disposizione delle leggi vigenti. ivi
§. 91. Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809, relativamente all' enfiteusi. 164

LEZIONE QUINTA

Del contratto di società

CAPITOLO I.

Disposizioni generali.

§. 92. Nozioni preliminari. 166
§. 93. Definizione del contratto di società per dritto romano; sua natura, modo come contraevasi, e sua forma. 167
§. 94. Della natura del contratto di società per dritto francese e vigente; non che dalla sua forma. 169

CAPITOLO II.

Delle diverse specie di società.

§. 95. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 171
§. 96. Delle diverse specie di società per dritto francese e vigente. 172

CAPITOLO III.

Delle obbligazioni de' socii tra loro e relativamente a' terzi.

SEZIONE I.

Delle obbligazioni dei socii tra loro.

§. 97. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 174
§. 98. Delle obbligazioni dei socii fra loro per dritto francese e vigente. 175

SEZIONE II.

Delle obbligazioni de' socii verso i terzi.

§. 99. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 179
§. 100. Delle obbligazioni de' socii verso i terzi per dritto francese e vigente. ivi

CAPITOLO IV.

Dell' amministrazione della società.

§. 101 Disposizioni del dritto romano sul proposito. 180
§. 102. Dell'amministrazione della società per dritto francese e vigente. 181

CAPITOLO V.

Delle diverse maniere con cui finisce la società.

§. 103. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 183
§. 104. Delle diverse maniere con cui finisce la società per dritto francese e vigente. 184
§ 105. Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809, relativamente al contratto di società. 190

LEZIONE SESTA.

Del mandato.

CAPITOLO I.

Della natura e della forma del mandato.

§. 106. Nozioni preliminari. 190
§. 107. Della definizione e della forma del mandato per dritto romano, e delle sue diverse specie. 191
§. 108. Della definizione del mandato; sua natura e sua forma per dritto francese e vigente. 193

CAPITOLO II.

Delle obbligazioni del mandatario.

§. 109. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 195
§. 110. Delle obbligazioni del mandatario per dritto francese e vigente. ivi

CAPITOLO III.

Delle obbligazioni del mandante.

§. 111. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 198
§. 112. Delle obbligazioni del mandante per dritto francese e vigente. 199

CAPITOLO IV.

Delle diverse maniere colle quali si estingue il mandato.

§. 113. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 201
§. 114. Delle diverse maniere colle quali si estingue il mandato per dritto francese e vigente. 202
§. 115. Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente al mandato. 204

LEZIONE SETTIMA.

Del prestito.

§. 116. Nozioni preliminari. 205

CAPITOLO I.

Del prestito ad uso, o sia comodato.

SEZIONE I.

Della natura del prestito ad uso.

§. 117. Definizione del comodato per dritto romano ed in che esso distinguevasi dal precario. Quali persone poteano fare simili contratti, e quali cose poteano formare la materia del comodato. 206

§. 118. Della natura del prestito ad uso: tra quali persone e per quali cose può aver luogo il contratto di comodato per dritto francese e vigente. 208

SEZIONE. II.

De' dritti e degli obblighi del comodante e del comodatario.

§. 119. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 210

§. 120. De' dritti e degli obblighi del comodatario e del comodante per dritto francese e vigente. 211

CAPITOLO II.

Del prestito di consumazione, o sia mutuo.

SEZIONE I.

Della natura del mutuo.

§. 121. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 214

§. 122. Della natura del prestito di consumazione, o sia mutuo, per dritto francese e vigente. 217

SEZIONE II.

Delle obbligazioni del mutuante e del mutuatario.

§. 123. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 219

§. 124. Delle obbligazioni del mutuante e del mutuatario per dritto francese e vigente. 220

CAPITOLO III.

Del mutuo ad interesse.

§. 125. Che cosa sia usura, e se le usure erano lecite per dritto romano. 221
§. 126. Dell' usura per dritto del regno pria del 1809. 223
§. 127. Del mutuo ad interesse per dritto francese e vigente. 225

CAPITOLO IV.

Della costituzione di rendita.

§. 128. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 229
§ 129. Della costituzione di rendita per dritto patrio pria del 1809. 231
§ 130. Della costituzione di rendita per dritto francese e vigente. 232

LEZIONE OTTAVA

De' contratti aleatorii.

§ 131. Nozioni preliminari. 234

CAPITOLO I.

Del giuoco e della scommessa.

§. 132. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 235
§. 133. Del giuoco e della scommessa per dritto patrio pria del 1809. 236
§. 134. Del giuoco e della scommessa per dritto francese e vigente. 237

CAPITOLO II.

Del contratto vitalizio.

§. 135. Del contratto di costituzione di rendita vitalizia per dritto romano. 238
§. 136. Del contratto vitalizio per dritto del regno pria del 1809. 239
§. 137. Del contratto di costituzione di rendita vitalizia per dritto francese e vigente. Della natura e forma del contratto vitalizio, della natura della rendita vitalizia; ed in che questo contratto si distingue da quello di costituzione di rendita perpetua. 240

*

§. 138. Delle condizioni richieste per la validità del contratto vitalizio per dritto francese e vigente. 243
§. 139. Degli effetti del contratto vitalizio fra le parti contraenti per dritto francese e vigente. 245
§. 140. Della estinzione delle rendite vitalizie per dritto francese e vigente. 247

LEZIONE NONA

Del deposito e del sequestro.

§. 141. Nozioni preliminari e divisione della materia contenuta nella presente lezione. 248

CAPITOLO I.

Del deposito propriamente detto.

§. 142. Della natura e della essenza di questo contratto per dritto romano. 249
§. 143. Della natura e della essenza del deposito per dritto francese e vigente. 250
§. 144. Come si contraeva il deposito volontario, e quali erano i mezzi per provarlo per dritto romano? Tra quali persone potea aver luogo questo contratto? 251
§. 145. Come si contrae, e con quali mezzi si prova il deposito volontario per dritto francese e vigente? Tra quali persone può aver luogo questo contratto? 252
§. 146. Come si contraeva, e con quali mezzi si provava il deposito necessario per dritto romano? 253
§. 147. Come si contrae, e con quali mezzi può provarsi il deposito necessario per dritto francese e vigente? 254
§. 148. Degli obblighi del depositario e del deponente, sia nel deposito volontario, sia nel deposito necessario per dritto romano. 255
§. 149. Degli obblighi del depositario e del deponente per dritto francese e vigente. 256
§. 150. Di alcune altre specie particolari di deposito, tanto per dritto romano, quanto per dritto francese e vigente. 259

CAPITOLO II.

Del sequestro.

§. 151. Delle diverse specie di sequestro per dritto romano. Principii che regolavano il sequestro convenzionale. 261
§. 152. Delle diverse specie di sequestro per dritto francese e vigente. Principii che regolano il sequestro convenzionale. 262
§. 153. Del sequestro, o sia deposito giudiziario per dritto romano. ivi
§. 154. Del sequestro, o sia deposito giudiziario per dritto francese e vigente. 263
§. 155. Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente al deposito ed al sequestro. ivi

PARTE SECONDA.

De' contratti accessorii.

LEZIONE DECIMA.

Della fideiussione.

§. 156. Nozioni preliminari. 265

CAPITOLO I.

Della natura e della estensione delle fideiussioni.

§. 157. Definizione della fideiussione per dritto romano; sua natura e suoi limiti. 266
§. 158. Definizione, natura ed estensione delle fideiussioni per dritto francese e vigente. 270

CAPIPOLO II.

Degli effetti della fideiussione.

SEZIONE I.

Dell' effetto della fideiussione tra 'l creditore ed il fideiussore.

§. 159. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 276

§. 160. Dell' effetto della fideiussione tra 'l creditore ed il fideiussore per dritto francese e vigente. 277

Sezione II.

Degli effetti della fideiussione tra 'l debitore ed il fideiussore.

§. 161. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 280
§. 162. Degli effetti della fideiussione tra 'l debitore ed il fideiussore per dritto francese e vigente. 282

Sezione III.

Dell'effetto della fideiussione fra' confideiussori.

§. 163. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 284
§. 164. Dell' effetto della fideiussione tra' confideiussori per dritto francese e vigente. 285

Capitolo III.

Della estinzione della fideiussione.

§. 165. Disposizioni del dritto romano sul proposito, e delle eccezioni che per legge competevano a' fideiussori. 286
§. 166. In qual modo si estinguono le fideiussioni per dritto francese e vigente, e delle diverse eccezioni che le nuove leggi accordano a' fideiussori. 287

Capitolo IV.

Della fideiussione legale e della fideiussione giudiziaria.

§. 167. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 289
§. 168. Della fideiussione legale e della fideiussione giudiziaria per dritto francese e vigente. ivi
§. 169. Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente alla fideiussione. 291

Lezione Undecima

Del pegno.

§. 170. Del pegno per dritto romano. Sua definizione, ed in che si distinguea dall' anticresi e

dall' ipoteca. 293
§. 171. Del pegno per dritto francese e vigente, ed in che si distingue dall'anticresi e dall'ipoteca. 296
§. 172. Degli effetti del pegno per dritto romano, non che de' dritti e degli obblighi rispettivi del creditore e del debitore nel contratto di pegno. 298
§. 173. Degli effetti del contratto di pegno, non che de' dritti e degli obblighi rispettivi del creditore e del debitore per dritto francese e vigente. 300
§. 174. Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente al pegno. 304

LEZIONE DUODECIMA.

Dell' anticresi.

§. 175. Dell' anticresi per dritto romano. ivi
§. 176. Dell' anticresi per dritto francese e vigente. 306
§. 177. Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente all'anticresi. 309

LEZIONE DECIMATERZA.

De' privilegii e delle ipoteche.

§. 178. Nozioni preliminari. ivi

CAPITOLO I.

De' privilegii.

§. 179. De' privilegii per dritto romano. Loro definizione e loro differenti specie. 310
§. 180. De' privilegii per dritto del regno pria del 1809. 315
§. 181. De' privilegii per dritto francese e vigente. ivi

SEZIONE I.

De' privilegii generali sopra i mobili.

§. 182. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 317
§. 183. De' privilegii sopra la generalità de' mobili per dritto francese e vigente. 319

SEZIONE II.

De' privilegii speciali sopra determinati mobili.

§. 184. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 321

§. 185. De' privilegii sopra determinati mobili per dritto francese e vigente. 325

Sezione III.

De' privilegii sopra gl' immobili.

§. 186. De' privilegii sopra gl'immobili per dritto romano. 333
§. 187. De' privilegii sugl'immobili per dritto francese e vigente. 337

Sezione IV.

De' privilegii che si estendono sopra i mobili e gl' immobili.

§. 188. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 342
§. 189. De' privilegii che si estendono sopra i mobili, e gl' immobili per dritto francese e vigente 343

Sezione V.

De' privilegii del tesoro pubblico.

§. 190. Disposizioni del dritto romano sul proposito 344
§ 191 De' privilegii del tesoro pubblico per dritto francese ivi
§. 192. De' privilegii del tesoro pubblico per disposizione del dritto vigente. 345

Sezione VI.

De' modi co' quali si conservano i privilegii.

§. 193. Disposizioni del dritto romano sul proposito 348
§. 194. Osservazioni del dritto patrio pria del 1809 relativamente al modo di conservare i privilegii. ivi
§. 195. De' modi co' quali si conservano i privilegii per dritto francese e vigente. 349

Sezione VII.

Dell' ordine in cui debbono esperimentarsi i diversi privilegii, o sia de' diversi gradi de' crediti privilegiati.

§. 196. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 355
§. 197. Dell'ordine col quale si esperimentavano i diversi

privilegii per dritto del regno pria del 1809. 359
§. 198. Dell' ordine col quale debbono esperimentarsi i diversi privilegii per dritto francese e vigente. 361

CAPITOLO III.

Delle ipoteche.

§. 199. Principii del regime ipotecario presso i romani. 366
§. 200. Delle ipoteche per dritto del regno pria del 1809. 368
§. 201. Delle ipoteche per dritto francese e vigente. Principii del nuovo sistema ipotecario. Definizione dell' ipoteca e conseguenze che ne derivano. 369

SEZIONE I.

Delle ipoteche legali.

§. 202. Delle ipoteche legali presso i romani, loro origine, e quali crediti godeano di un tal beneficio. 371
§. 203. Delle ipoteche legali per dritto del regno pria del 1809. 374
§. 204. Delle ipoteche legali per dritto francese e vigente. ivi

SEZIONE II.

Delle ipoteche giudiziali.

§. 205. Delle ipoteche giudiziali per dritto romano. 377
§. 206. Delle ipoteche giudiziali per dritto francese e vigente. 379

SEZIONE III.

Delle ipoteche convenzionali.

§. 207. Delle ipoteche convenzionali per dritto romano. 380
§. 208. Delle ipoteche convenzionali per dritto del regno pria del 1809. 382
§. 209. Delle ipoteche convenzionali per dritto francese e vigente. 384

Digitized by Google

Sezione. IV.

De' gradi delle ipoteche fra loro.

§. 210. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 391
§. 211. De' gradi delle ipoteche fra loro per dritto francese. 392
§. 212. De' gradi delle ipoteche fra loro per dritto vigente. 396

CAPITOLO IV.

Del modo della inscrizione de' privilegii e delle ipoteche; non che degli effetti della inscrizione, e tempo in cui dev'essere rinnovata.

§. 213. Oggetto della inscrizione; in qual tempo si può utilmente inscrivere; forma della inscrizione delle ipoteche legali, giudiziali, e convenzionali per dritto francese e vigente. 398
§. 214. Degli effetti dell' inscrizione, e tempo in cui l' inscrizione dev' essere rinnovata; competenza del tribunale per l' esperimento delle azioni relative alle inscrizioni de' privilegii e delle ipoteche. 400

CAPITOLO V.

Della cancellazione e della riduzione delle inscrizioni.

§ 215. Oggetto della cancellazione e della riduzione delle inscrizioni; casi ne' quali possono aver luogo; forma per ottenersi; competenza de' magistrati che debbono pronunziare sulle contestazioni che possono insorgere relativamente a tal oggetto per dritto francese e vigente. 403
§. 216. In quali casi ha luogo la riduzione? Quali norme dee seguire il magistrato nel pronunziarla per non pregiudicare a' dritti del creditore inscritto? 406

CAPITOLO VI.

Dell' effetto de' privilegii e delle ipoteche contro i terzi possessori.

§. 217. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 408
§. 218. Teorie del dritto del regno pria del 1809, relativamente agli effetti de' privilegii e delle ipoteche contro i terzi possessori. 412
§. 219. Degli effetti de' privilegii e delle ipoteche per dritto francese e vigente. Quali atti dee fare il creditore privilegiato od ipotecario per essere pagato del suo credito dal terzo possessore? 415
§. 220. Eccezioni che può opporre il terzo possessore all' azione ipotecaria; non che del rilascio a cui egli può essere obbligato, della sua forma, ed a chi il beneficio del rilascio è dalla legge vietato. 417
§. 221. Degli effetti del rilascio volontario e dell' aggiudicazione dietro la vendita forzata fatta in danno del terzo possessore. 421

CAPITOLO VII.

Del modo di rendere libere le proprietà da' privilegii e dalle ipoteche soggette ad inscrizione; non che della trascrizione, della sua forma, suo scopo e suoi effetti.

§. 222. Disposizioni del dritto romano sul proposito 422
§. 223. Del modo di rendere libere le proprietà da' privilegii e dalle ipoteche per dritto francese; non che della forma, scopo ed effetti della trascrizione. 423
§. 224. Delle altre formalità necessarie per rendere libere le proprietà da' privilegii e dalle ipoteche di cui fosse gravato l'immobile anteriormente all' atto di alienazione per dritto francese. 426
§. 225. Del modo di render libere le proprietà da' privilegii e dalle ipoteche per dritto vigente. Scopo, forma ed oggetto della trascrizione. 430

CAPITOLO VIII

Del modo di liberarsi dalle ipoteche legali delle donne maritate e de' minori, quando non esista inscrizione su' beni de' mariti e de' tutori.

§. 226. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 433
§. 227. Disposizioni del dritto francese e vigente relativamente al modo di render libere le proprietà dalle ipoteche legali della donna maritata e de' minori su' beni de' mariti e de' tutori allorchè non esiste inscrizione. 434

CAPITOLO IX.

Del modo di rendere libere le proprietà da' privilegii non soggetti ad inscrizioni a' sensi dell' articolo 1970 (-2101-)

§. 228. Disposizioni del codice francese, e delle leggi civili sul proposito. 436

CAPITOLO X.

Del modo di liberarsi dalle ipoteche legali del tesoro pubblico sugl' immobili de' contabili, che si trovano fuori dell' esercizio delle funzioni loro affidate.

§. 229. Disposizioni del dritto francese e vigente sul proposito. 438

CAPITOLO XI.

Del modo di purgare le proprietà dalle ipoteche e da' privilegii per mezzo dell' aggiudicazione dietro l' espropriazione forzata.

§. 230. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 439
§. 231. Disposizioni del dritto francese e vigente relativamente al modo di purgare le proprietà da' privilegii e dalle ipoteche per mezzo dell' aggiudicazione. 440

CAPITOLO XII.

Della estinzione de' privilegii, e delle ipoteche.

§. 232. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 443
§. 233. Disposizioni del dritto del regno pria del 1809 relativamente all' estinzione de' privilegii, e delle ipoteche. 444
§. 234. Disposizioni del dritto francese e vigente riguardo all' estinzione de' privilegii, e delle ipoteche. 445

CAPITOLO XIII.

Della pubblicità de' registri, e della risponsabilità de' conservatori

§. 235. Disposizioni del dritto francese e vigente sul proposito. 449

PARTE TERZA

§. *De' mezzi atti ad estinguere le obbligazioni*

LEZIONE QUATTORDICESIMA

Delle transazioni.

§. 236. Transizione. Scopo ed oggetto delle transazioni 450
§. 237. Della natura della transazione e suoi requisiti essenziali per dritto romano. 451
§. 238. Della natura della transazione e requisiti che ne costituiscono l'essenza per dritto francese e vigente. 452
§. 239. Della forma e degli effetti della transazione per dritto romano. 454
§. 240. Della forma e degli effetti della transazione per dritto francese e vigente. 455
§. 241. Tra quali persone, e per quali cose si potea transigere per dritto romano? 456
§. 242. Tra quali persone, e per quali cose si possa transigere per dritto francese e vigente? 457
§. 243, A quali oggetti, ed a quali persone si estendeano le transazioni per dritto romano? 459
§. 244. A quali oggetti, ed a quali persone si esten-

dono le transazioni per dritto francese e vigente ? 459
§. 245. In quali casi, e per quali cause poteasi rescindere la transazione, e per quali cause non era lecito recedere dalla medesima per dritto romano ? 460
§. 246. In quali casi si possa o non si possa rescindere la transazione per dritto francese e vigente ? 462
§. 247. Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente alle transazioni. 465

LEZIONE QUINDICESIMA

Della prescrizione.

§. 248. Dell' origine e fondamento della prescrizione. 466

CAPITOLO I.

Disposizioni generali.

§. 249 Definizione della prescrizione per dritto romano; come vi si potea rinunziare; a chi si apparteneva allegarla ; in quale stato del giudizio e contro chi potea valere. 467
§. 250 Definizione della prescrizione per dritto del regno pria del 1809, e principii che la regolavano relativamente al dritto di rinunziarvi e di allegarla in giudizio. 470
§. 251. Definizione della prescrizione per dritto francese e vigente. Come vi si può rinunziare ; a chi si appartiene allegarla ; in quale stato del giudizio e contro chi può valere ? 472

CAPITOLO II.

Del possesso.

§. 252. Del possesso e delle condizioni che dovea avere per operare la prescrizione per diritto romano. 476
§. 253. Del possesso ; sua natura e sue diverse specie per dritto francese e vigente. 483
§. 254. Delle condizioni richieste nel possesso per po-

ter indurre la prescrizione sia a fine di acquistare, sia a fine di liberarsi da una obbligazione per dritto francese e vigente. 486

CAPITOLO III.

Delle cose soggette alla prescrizione e di quelle che ne sono esenti

§. 255. Teorie del dritto romano sul proposito. 492
§. 256. Disposizioni del dritto del regno pria del 1809 sul proposito. 493
§. 257. Delle cose soggette a prescrizione, e di quelle che ne sono esenti per dritto francese e vigente. 494

CAPITOLO IV.

Delle cause che impediscono la prescrizione

§. 258. Delle cause che impedivano la prescrizione per dritto romano. 495
§. 259. Delle cause che impedivano la prescrizione per dritto del regno pria del 1809. 498
§. 260. Delle cause che impediscono la prescrizione per dritto francese e vigente. ivi

CAPITOLO V.

Delle cause che interrompono o che sospendono il corso della prescrizione.

SEZIONE I.

Delle cause che interrompono la prescrizione.

§. 261. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 502
§. 262. Teorie del dritto del regno pria del 1809 relativamente alla interruzione della prescrizione. 503
§. 263 Delle cause che interrompono la prescrizione per dritto francese e vigente. ivi

Sezione II.

Delle cause che sospendono il corso della prescrizione.

§. 264. Principii del dritto romano sul proposito. 507
§. 265. Teorie del dritto del regno pria del 1809 relativamente alle cause che sospendono il corso della prescrizione. 511
§. 266. Delle cause che sospendono il corso della prescrizione per dritto francese e vigente. ivi

CAPITOLO VI.

Del tempo necessario per prescrivere.

Sezione I.

Del modo di calcolare il tempo richiesto per la prescrizione.

§. 267. Disposizioni del dritto romano e patrio sul proposito. 516
§. 268. Del modo di calcolare il tempo richiesto per la prescrizione per dritto francese e vigente. 517

Sezione II.

Della prescrizione di trent' anni.

§. 269. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 518
§. 270. Della prescrizione di trent'anni per dritto francese e vigente. ivi

Sezione III.

Della prescrizione di dieci e di venti anni.

§. 271 Disposizioni del dritto romano sul proposito. 522
§. 272. Teorie del dritto francese e vigente relativamente alla prescrizione di dieci e di venti anni. 524

Sezione IV.

Di alcune particolari prescrizioni

§ 273. Disposizioni del dritto romano sul proposito. 527

§. 274. Di alcune particolari prescrizioni per dritto francese e vigente. 529

Sezione V.

Delle prescrizioni incominciate ma non compite sotto l' impero dell' antica legge.

§. 275. Disposizione transitoria. 533
§. 276. Osservazioni sul dritto patrio pria del 1809 relativamente al tempo necessario per prescrivere. 534

LEZIONE SEDICESIMA.

Dell' arresto personale in materia civile.

§. 277. Dell' arresto personale per dritto romano. 535
§. 278. Dell' arresto personale per dritto del regno pria del 1809. 538
§. 279. Dell' arresto personale in materia civile per dritto francese. 539
§. 280. Dell' arresto personale per dritto vigente. 543

Pag.	vēt.	nota	ERRORI	CORREZIONI
5	13		variabili	invariabili
5	28		eressero	ressero
6	23		Agamennone	Atride
13	1	1	non conservavasi	conservavasi
16	11		vacinis	vaccinis
16	27		quaeslibet	quilibet
19	2	1	arbitrer	orbiter
21	3		Pirello	Donello
32	4	1	gl'	negl'
33	4		Coutractus	contractibus
40	20		debitore	venditore
51	11	1	venditore	compratore
52	2		compratore	venditore
68	30		che gli ha	che ha
71	3		ne	le
72	14		immagginarono	immaginarono
73	24		creditore	credito
73	6	1	da	ad
73	30	1	esporre	opporre
81	27		col	nel
95	6		presso	per lui
97	32		essi	esse
112	2		intennizzazione	indennizzazione
113	13		ugnenti	seguenti
128	30		*imperilia*	*imperitia*
133	14		primo	secondo
182	3		purchè	perchè
191	13		*suscipienti*	*suscipiendi*
201	21		mandante	mandato
227	2	1	comodante	mutuante
238	9		Capitolo III	Cap. II
248	ultimo		spieghereno	spiegheremo.
267	8		*novundo*	*novando*
273	6		del	al
274	8		*coharel*	*cohaeret*
288	25		intendersi	intentarsi
295	1		poiche	poichè
			415	315
379	1	1	autorite	autorità
389	15		renduto	renduta
421	6		dall'	sull'
449	6		al	il
451	19		occupandosi	occupandoci
453	16	1	incommodi	incomodi
454	17		*legitiman*	*legitimam*
471	2	1	suisse	fuisse
490	10	1	trascrive	prescrive
493	15		Giustiniamo	Giustiniano
510	9		giusta legge	giusta la legge

Google

Digitized by Google

169
a
36